

AXE 1: L'ACCES à L'EMPLOI

L'emploi : 2 acceptations

- * il désigne la situation individuelle que procure un travail
- * mais il désigne aussi un certain état du marché du travail = définition globalisante

Comment maintenir l'emploi au profit du plus grand nombre ?

--> par une altération du contenu de l'emploi au sens de statut associé à un travail

CHAPITRE 1 : L'ACQUISITION DE LA QUALITE DE SALARIE

* Il n'a pas de définition légale du contrat de travail, c'est la JP qui l'a faite.

* Les enjeux de la qualification sont important, car de l'existence d'un contrat de travail dépend l'acquisition de la qualité de salarié, et donc de la compétence du CPH en cas de litige portant sur la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat de travail + l'affiliation de l'intéressé au régime général de la Sécurité Social.

* Le Contrat de travail = convention par laquelle une personne, le salarié, s'engage à exercer une activité au profit, et sous la subordination/l'autorité d'une autre personne, l'employeur, moyennant une rémunération.

* Éléments constitutifs de cette définition :

- la rémunération

- la subordination juridique : constitue le véritable critère du contrat de travail. Mais c'est aussi la caractérisation de cet élément qui demeure la plus délicate.

- la subordination juridique peut être identifiée négativement, elle ne saurait être confondue avec la dépendance économique, même s'il y a toujours eu des difficultés de qualification en présence de certains contrats de travail, qui prêtent à discussion du point de vue de la nature exacte des rapport s'établissant entre les parties (cf les contrats de sous-traitance).

- de plus, parfois, les situations sont paradoxales car certain salarié dispose d'une grande autonomie dans l'accomplissement de leur travail, tout en étant lié à leur emploi par un contrat de travail, et donc, assujetti au droit du travail. Au contraire, d'autres travailleurs sont concrètement dans une situation de dépendance économique à l'égard d'un contractant : un client unique par exemple, mais ils ne sont pas lié à ce client par un contrat de travail, mais un contrat de sous-traitance par exemple.

- il faut donc démêler les situations concrètes qui s'analysent comme des situation de subordination de celles, qui demeurent des contrats d'entreprise.

- Ces difficultés sont accentuées à cause des situations qui sont aux portes du salariat et de l'indépendance : aujourd'hui, il y'a un phénomène d'incertitude croissant des frontières entre le travail subordonné salarié (contrat de travail) et le contrat indépendant (contrats de sous-traitance, mandats). Conséquence : le lien de subordination n'est plus incertain. Il faut donc identifier le contrat de travail, qui est l'acte fondateur du rapport de travail salarié, c'est lui qui déclenche l'application des règles du droit du travail, "c'est le contrat de travail qui fait le salarié".

SECTION 1 : Le Contrat de Travail, une catégorie indisponible.

→ **Assemblée Plénière 04 mars 83** : " la seule volonté des parties est impuissante à soustraire l'intéressé au statut social qui découle, nécessitant des conditions, de l'accomplissement de son travail."

- Faits : une enseignant est professeur salarié dans un établissement privé; par la suite, il a accepté une ovation, substituant au contrat de travail une convention de collaboration de type purement libéral. Au terme de ce contrat il a été qualifié de conférencier extérieur, rémunéré par des honoraires. A la résiliation du contrat par l'établissement, l'enseignant réclame des indemnités, mais il n'en reçoit pas car pour l'établissement, il n'était pas salarié. Par conséquent, il saisit le CPH.

- CC : l'intéressé avait continué à assurer les tâches qui lui ont été primitivement dévolues, souvent des programmes officiels et au sein d'une organisation fonctionnant sous la responsabilité de l'école, même s'il était tenu compte de ses avenances dans l'aménagement des horaires → conséquence : c'est une activité non libérale.

→ L'indisponibilité de la qualification du contrat de travail a été réaffirmé, par la chambre sociale et la chambre criminelle dans un **arrêt du 29 octobre 85** : dans une matière d'ordre public tel que le droit du travail, le juge a le droit d'interpréter le contrat afin de leur restituer leur véritable nature juridique.

→ **arrêt Labbale du 19 décembre 2000**: " l'existence d'une relation de travail ne dépend pas de la volonté des parties, ni de la dénomination qu'elles ont donné au contrat, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur."

- c'est une formule qui procède de la combinaison de l'article 12 NCPC et de la règle consacrée par la décision antérieure.

- l'indifférence de la dénomination par les parties dans l'opération de qualification du contrat de travail : pourquoi ? car bon nombre des dispositions du droit du travail ont un caractère d'ordre public de protection. Ce n'est pas la qualification des parties qui prévaut mais les conditions d'accomplissement du contrat de travail. C'est donc au juge de restituer sa véritable nature, donc sa véritable qualification.

SECTION 2 : L'Opération de qualification de Contrat de travail.

→ **La subordination juridique a une caractérisation problématique :**

- le lien de subordination se distingue de la dépendance économique, qui n'est pas un indice déterminant.

- tout travailleur économique ne doit pas être assimilé à un contrat de travail.

- pendant longtemps, la CC a eu une conception extensible du lien, qu'elle a noué un temps avec une conception plus restrictive : voir **Arrêt du 13 novembre 96 Société générale.**

- avant cet arrêt, la JP considérait que le lien de subordination est établi dès lors qu'il y avait travail pour le profit d'autrui dans le cadre d'un service organisé. Or la tendance à l'extension jurisprudentielle du salariat s'est opérée par la notion de service organisé : pour la CC, le lien de subordination est caractérisé dès lors que la prestation de travail est fourni dans le cadre d'un service organisé.

→ **Assemblée Plénière du 04 mars 83** : « l'intéressé assurait des tâches d'enseignement au sein d'une organisation fonctionnant sous la direction et la responsabilité de l'école » → la notion d'intégration dans un service organisé : le salarié est assujéti à des contraintes de temps, de lieu mais surtout l'intéressé reçoit de son employeur des directives ou du moins qu'il est soumis à un contrôle effectif de l'exécution de son travail.

- CC a admis largement l'existence d'un service organisé jusqu'en 96, elle a donc admis que des obligations périphériques allaient suffire à caractériser un lien de subordination :

- ex : un médecin travaillant pour un établissement privé, est en réalité dans un lien de subordination à l'égard de l'établissement qui déterminait le planning des visites.

- ex : des négociateurs immobiliers, inscrit au registre des agents commerciaux, travaillent pour une société immobilière, ont-ils la qualité de salariés ? En principe non, mais la CC a considéré qu'ils disposaient d'un siège et d'un local pour clients de l'agence etc. Quelque soit la qualification donnée au contrat, les intéressés travaillant dans le cadre d'un service organisé par l'agence, donc il y a un lien de subordination.

- Conséquence : le service organisé se confondait avec le lien de subordination. Ce service organisé était caractérisé par le fait que les travailleurs recevaient des directives dont le but est de rendre des comptes.

- En fait, extension de la subordination = extension de la catégorie de contrat de travail = extension du salariat.

→ **Arrêt Société Générale 13 novembre 96** : la CC a semblé opter en faveur d'une condition plus restrictive du lien de subordination.

- le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives, et d'en contrôler l'exécution.

- Le contrat de travail est un indice du lien quand l'employeur détermine uniquement les conditions d'exécution du travail.

- Le moyen soulevé d'office est de savoir si les honoraires du conférencier extérieur sont soumis à l'assiette des cotisations du régime général ? C'est l'assujettissement de ces conférenciers extérieurs au régime général des travailleurs salariés qui est en cause : la chambre sociale adopte une conception commune du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, elle a unifié la conception du lien.

- On assiste à un recul d'une certaine désaffection pour la notion de service organisé qui permettait de caractériser le lien jusqu'à aujourd'hui. La notion de service organisé est un simple indice aujourd'hui, révélant dans certaines situations, l'existence d'un lien de subordination.

- Ici la CC casse la CA qui avait décidé que les honoraires doivent être assujettis aux cotisations donc la prestation de travail des conférenciers extérieurs s'effectuait dans le cadre d'un service organisé. La CA se fondait sur la JP traditionnelle mettant en avant le service organisé.

- La CC considère qu'en l'espèce, les intéressés sont soumis à aucune directive, ni ordre ni contrôle dans l'exécution de leur travail, par conséquent, il n'y a pas de lien de subordination.

- La doctrine considère que l'arrêt opte pour une définition plus restrictive de la subordination, qui ne s'entend aujourd'hui que d'un pouvoir de l'employeur de donner des ordres.

- La définition jurisprudentielle a été confirmée plusieurs fois, ce qui a provoqué l'inquiétude de cette définition plus restrictive : mais pour autant, cette définition plus stricte n'a pas entraîné de la part de la CC un mouvement de diminution de la catégorie de contrat de travail → cf les décisions postérieures à cet arrêt dans lesquels, la CC a une compréhension large de la catégorie de contrat de travail en acceptant par exemple les juges du fond d'avoir reconnu un contrat de travail entre une association humanitaire et ses bénévoles, ou encore la requalification d'un contrat de collaboration en contrat de travail entre une société d'avocats et un avocat.

→ **Arrêt Labbale** :

- il lève toute ambiguïté sur la volonté de la CC de ne pas diminuer la catégorie de contrat de travail.
- Ici un chauffeur de taxi a conclu avec une société de taxis un contrat de location d'un véhicule équipé taxi. Le contrat est conclu pour un mois renouvelable par tacite reconduction, moyennant comme paiement une redevance. La CPH a été saisie, mais n'est pas compétente pour ce litige.

- Attendu de principe fondé sur les article L121-1 et L511 du CT par la chambre social de la CC : la chambre social réaffirme la règle de l'indisponibilité de la qualification du contrat de travail, mais pour caractériser le lien de subordination elle se réfère au terme « contrat », c'est-à-dire un contrat mettant à charge du chauffeur des obligations extrêmement strictes concernant l'utilisation et l'entretien du véhicule.
- Conséquences :
 - de ces clauses strictes elle en déduit un lien de subordination du chauffeur vis-à-vis de la société, les conditions de fait sont cherchées dans les clauses du contrat par la chambre sociale
 - sous l'apparence de contrat de location de véhicule était en fait dissimulé l'existence d'un contrat de travail ! la chambre sociale se réfère aux conditions d'accomplissement du travail, via une analyse des obligations contractuelles mise à la charge du chauffeur, il y a donc requalification en contrat de travail.
- que les parties aient ou non qualifié leur contrat, les juges recourent à la méthode du faisceau d'indices :
 - les indices décisifs : la direction et le contrôle de l'activité du travailleur
 - mais d'autres indices peuvent venir corroborer l'état de subordination : travail dans un lieu fixe ? selon des horaires imposés par l'entreprise ? matériaux fournis par l'entreprise ? L'absence d'un des indices n'exclut pas la qualification de contrat de travail, par exemple, le lieu de travail n'est plus décisif avec le développement des astreintes ou du travail à la demande.

→ **Arrêt Chambre sociale du 09 mai 81 :**

- un compagnon entre à Emmaüs mais il est par la suite exclu, il demande des indemnités au CPH. La CA fait droit à sa demande car il est salarié à la communauté au motif que l'intéressé est lié à l'association par un contrat de travail du fait qu'il effectuait une prestation de travail (récupération et réparation d'objet mobiliers, et rémunération en nature et allocation hebdomadaires). La CA considère qu'il y a un lien de subordination car il recevait des instructions et des directives quant au lieu de récupération du mobilier et les responsables pouvaient sanctionner les prestations de travail.
- L'arrêt est cassé, la CC rappelle la formule de l'arrêt Labbale (conditions de fait → existence d'une relation de travail) : ici l'argument de la chambre sociale , pour censurer la CA (qui a caractérisé un lien de subordination) est qu'en intégrant la communauté, l'intéressé était soumis aux règles de vie communautaire définies dans un cadre d'accueil comprenant la participation à un travail pour l'intégration des compagnons, exclusif de tout lien de subordination. Ici, la CC ne démontre pas l'inexistence d'un lien de subordination mais que la finalité de l'organisation dans le cadre de laquelle le compagnon travaille, était en soit exclusive de tout lien de subordination, comme si les modalités de cette insertion étaient indifférentes. Ainsi, la CC considère que la finalité de l'association est incompatible avec la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail.
- C'est un arrêt problématique car il se réfère aux conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité d'une part, et d'autre part, il élude les conditions de fait au profit de l'objet/finalité poursuivi par l'association.

SECTION 3 : Les extensions légales du salariat.

→ dans certains cas, le législateur a décidé que certains travailleurs étaient des salariés d'office, tels que les VRP par exemple. Les contrats que ces travailleurs ont conclus sont qualifiés par la loi de contrat de travail ; dans ces conditions, il est inutile de rechercher l'existence d'un lien de subordination car la loi le qualifie déjà.

→ une hypothèse différente est d'étendre à des travailleurs (souvent à domicile) dont la loi ne les qualifie pas de salariés, le bénéfice des dispositions du CT. Il y'a deux manières d'étendre le salariat.

SECTION 4 : De la loi Madelin à la loi du 01 Août 2003

→ la loi Madelin dont l'objet est de développer l'initiative individuel, a inséré dans le CT une présomption de « non salariat » :

- cette loi supposait que le travailleur ayant accompli certaines formalités en vue de l'exercice d'une activité indépendante (si immatriculée au registre commercial, des artisans etc) était présumé non salarié, concernant du moins cette activité.
- Cette disposition invitait les juges à s'en tenir à l'apparence et non à la nature exacte du contrat : l'exigence judiciaire de réalisme dans la caractérisation du lien de subordination semblait supplanté par la seule constatation de l'accomplissement d'une formalité. Mais il est possible d'apporter une preuve contraire, quand les personnes fournissent des prestations les plaçant dans une situation de subordination juridique et permanente.
- Disposition qui a été abrogée par la loi Aubry 2 du 19 juin 2000.
- Mais cette présomption a été rétablie par la loi du 01 août 2003 selon laquelle l'accomplissement de certaines formalités aboutissent à exclure l'existence d'un contrat de travail entre le travailleur et l'entreprise au profit de laquelle il exécute sa prestation.

CHAPITRE 2 : LE RECRUTEMENT ET L'EMBAUCHE

- c'est l'étude des règles préalable une éventuelle conclusion du contrat de travail.
- Mais aussi les règles organisant la période d'essai.

SECTION 1 : Le Recrutement

→ jusqu'à la **loi du 31 décembre 92 relative au recrutement et à la liberté individuelle**, les règles de la procédure de recrutement étaient quasiment inexistantes, en effet, les voies et les moyens par lesquels les entreprises se procurent les salariés et la façon dont les personnes à la recherche d'un emploi parviennent à en trouver un, se font par une opération → c'est le placement.

Ainsi, la rencontre entre l'offre et la demande sur le marché du travail s'effectuait dans l'ignorance et le silence de la loi.

→ **Arrêt de la chambre sociale du 17 octobre 73 :**

- ici la chambre sociale établit une directive de solution sur les agissements auxquels peut procéder l'employeur durant la phase de recrutement.
- Question : un salarié postulant à un emploi est-il en droit de ne pas révéler son état de prêteur dans un questionnaire d'embauche ? La chambre sociale considère que les renseignements et les pièces demandées à l'embauche ont pour but de permettre à l'employeur d'apprécier les qualités du salarié, et ne sauraient concerner les domaines sans lien direct et nécessaire avec cette activité professionnelle.

- Cette solution pose les limites aux investigations de l'employeur durant la phase de recrutement.

§1 : La teneur des règles relatives au recrutement.

→ malgré la loi du 31 décembre 92 et les dispositions sur le recrutement insérés dans le CT (**articles L121-6, L121-7, L121-8 et L142-5**), on peut dire que la place du droit dans les opérations de recrutement est assez faible. Le recrutement est un espace de « non droit ».

→ les règles qui s'ordonnent ont deux préoccupations :

- la nature des investigations auxquelles l'employeur est en droit de procéder
- les méthodes utilisées en vue du recrutement

A. Les Investigations :

→ les opérations de recrutement sont réalisées par l'entreprise elle-même ou pas un intermédiaire (agence de recrutement), les deux sont assujettis aux mêmes règles.

→ question : à quelles investigations l'employeurs on son mandataire est-il licitement en droit de procéder ? quelles sont les informations que l'employeur peut se procurer dans le cadre d'une procédure de recrutement ?

→ l'article **L121-6** pose une règle générale : les information demandées sous quelques formes que ce soit au candidat à un emploi, ne peuvent avoir comme finalité, que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou son aptitude professionnelle.

- Ces informations doivent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi occupé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles.
- le candidat à un emploi y est tenu d'y répondre de bonne foi.

→ ces dispositions sont proches de la position dégagée par la **chambre sociale dans l'arrêt du 17 octobre 73** :

- **« la faculté pour l'employeur/son mandataire de procéder à des investigations est circonscrite par les qualités objectives du candidat ».**
- En pratique, le problème est celui du contrôle judiciaire car le contrôle du rapport investigations/aptitude professionnelle s'exerce à posteriori, c'est-à-dire que quand le salarié est licencié, généralement pour faute, et pour avoir dissimulé lors de son recrutement certaines informations.

→ Etendue des investigations possible : la question sur le parcours scolaire, universitaire et la vie privée se pose avec une acuité particulière.

- **l'arrêt du 16 février 99** : un employeur invoque la nullité du contrat de travail d'une salariée pour dol, mentionnant sur le CV remis lors du recrutement d'une fausse information sur son expérience professionnelle. La salariée a dit qu'elle avait été assistante de la responsable des formations or, en réalité elle n'a fait qu'un stage de 4 mois. Y- a-t-il présence de manœuvres frauduleuses ? La CC considère que la mention litigieuse, si elle est imprécise et susceptible d'une interprétation erronée ne constitue pas un dol !
- **l'arrêt du 30 mars 99** : les faits sont proches, un employeur licencie un salarié pour faute grave car il n'a pas fourni des informations exactes concernant ses diplômes, il y'a donc manquement à son obligation de loyauté selon la CA. La CC casse, en se fondant sur les articles **1116 CCiv, L122-14-3, L122-14-4** :

- la fourniture de renseignement inexacte par le salarié lors de l'embauche est un manquement de loyauté si elle constitue un dol
 - elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que si le salarié n'a pas les compétences effectives pour exercer la fonction pour laquelle il été recruté.
 - C'est une solution subtile car la CC considère que le licenciement par l'employeur doit reposer sur une cause réelle et sérieuse, ce qui est différent pour les juges du fond qui considèrent que la cause réelle et sérieuse réside dans l'absence de renseignements exactes. La cause réelle et sérieuse est la cause justifiable sur des faits objectifs, soit des comportements personnels, soit des raisons du travail (motifs économiques), donc savoir comment est la compétence du salarié va chasser les dissimulations.
- **L'arrêt du 25 avril 90**, rendu avec la loi de 92, et concernant les antécédents judiciaires : ici la CC confirme la position de la CA d'avoir jugé que le silence d'un salarié à qui il est reproché d'avoir dissimulé une condamnation pénale antérieure n'a pas de caractère dolosif. Par conséquent :
- le salarié n'a pas d'obligation d'information, surtout sur ces antécédents judiciaires, mais la CC ne dit pas ce que le candidat doit faire si l'employeur lui pose la question lors du recrutement !
 - **La loi 92 et L121-6** permettent-ils aujourd'hui une réponse satisfaisante à cette question ? Le problème de **L121-6** est que le candidat est tenu de répondre de bonne foi, en réalité quand on se reporte au terme de **L121-6** → il parle d'« un lien direct et nécessaire » qui pose une double règle de finalité de l'information à l'emploi occupé (règle de nécessité, l'employeur ne doit procéder à des investigations strictement nécessaires). La réponse est nuancée à cette question : ces investigations sont licites que si les antécédents judiciaires ont un lien direct et nécessaire avec l'emploi occupé. L'exigence de bonne foi variera d'intensité selon les caractéristiques de l'emploi, la nature des informations demandées, donc selon le lien entre l'information et la nature de l'emploi. Il y'a un faible contentieux, mais la double règle doit être combinée avec (ce qui pose le plus de difficultés peut être), l'interdiction pourtant légale, selon laquelle aucune personne ne doit être écartée d'une procédure de recrutement selon son origine, son sexe, ses opinions politiques ... bref pour motifs discriminatoires.
 - **L'article L122-45** dispose une règle de non discrimination, interdisant la prise en compte de certains motifs énumérés par la loi, pour la prise d'une décision (embauche, sanction, licenciement, avancement ...). CF l'affirmative action (laisser faire, laisser passer) : inscrire des discriminations positives c'est marquer l'individu à tout jamais du sceau de son origine, or, c'est aussi un droit que de perpétuer ses origines ou de ne pas les divulguer. Le droit français prohibe ces discriminations positives et négatives.

B. Les méthodes de recrutement :

→ **article L121-7 : les méthodes et les techniques d'aide au recrutement et d'évaluation des salariés et candidats à un emploi, doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie.**

→ c'est donc une règle de pertinence qui a été posée pour mettre un terme aux dérives de certaines entreprises dans leur pratique de recrutement avec des techniques irrationnelles ! cf Gérard Lioncamp : les méthodes, les résultats des techniques de recrutement doivent pouvoir faire l'objet d'une vérification. Le législateur est resté 13 ans de ça, il s'est limité à une exigence de pertinence

des méthodes et techniques d'aide au recrutement et à l'évaluation des salariés et candidats à un emploi.

→ il y'a aussi une règle de confidentialité des informations recueillies → **article L121-8.**

§2 : La sanction des règles sur le recrutement.

→ les règles de l'article **L121-6** et suivant ne sont pas assorties de sanctions.

→ l'article **L122-45** couvre le recrutement, mais à la base il était conçu pour les sanctions disciplinaires et les licenciements pour motifs discriminatoires.

- c'est la loi 92 qui a rajouté la partie « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement... ».
- Ainsi cet article est conçu pour permettre la sanction juridique d'acte juridique tels que les licenciements et les sanctions, par la nullité de l'acte discriminatoire. Ainsi, le recrutement a été rajouté postérieurement à la sanction et au licenciement, or, le recrutement n'est pas un acte juridique (sachant que la nullité frappe seulement les actes juridiques reposant sur un motif discriminatoire)...
- Par conséquent, le recrutement est une opération dans le temps, précontractuelle, précédant l'embauche : la nullité est une sanction inopérante même en présence d'une procédure de recrutement qui aurait abouti à écarter des candidats en raison de l'un des motifs prohibés par **L122-45**.
- D'où **l'article 225-1 du code pénal**, en effet la voie pénale est privilégiée des victimes de discriminations dans l'embauche car le CT ne permet pas une sanction appropriée.

SECTION 2 : La Période d'Essai (l'embauche, la formation du contrat, et les clauses d'essai).

→ l'embauche, et l'embauchage se distinguent du recrutement : c'est un processus plus long et complexe précédant la phase de conclusion du contrat de travail. En droit, l'embauche vise le contrat de travail, c'est-à-dire la volonté de commencer le travail.

→ dans un acte bilatéral, l'embauche met fin au processus de recrutement.

§1 : La Formation du Contrat de travail.

→ **L121-1** : le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être constaté dans les formes qui conviennent aux parties contractantes. Il y'a deux conséquences :

- les conditions posées par le code civil pour la validité des contrats sont applicables aux contrats de travail. On transpose les conditions civilistes de validité du contrat au contrat de travail.
- Le contrat de travail est un contrat en principe consensuel, ne requérant aucune formalité particulière pour sa validité. Cependant l'absence d'écrit ne vaut que pour le CDI, les CDD requièrent l'existence d'un écrit pour leur validité.

§2 : Les Clauses d'Essai.

→ la période d'essai se situe au commencement d'exécution du contrat de travail, c'est donc une période pendant laquelle les règles sur le licenciement ne sont pas applicables.

- **Arrêt de la chambre sociale du 04 janvier 00** : il s'agit une période de travail effective qui doit être rémunérée et qui se place en début d'exécution du contrat.
- en principe la première évaluation du salarié par l'employeur a eu lieu et s'est située pendant la phase de recrutement. Or l'essai a pour objet et finalité de reporter cette première évaluation dans le temps afin de permettre à l'employeur de juger le salarié en situation de travail réel.
- pour le CDI, la période d'essai n'a aucune réglementation légale, se distinguant des CDD, et des contrats temporaires. La loi précise la durée maximale de la période d'essai pour les CDD (et non pour les CDI). La seule chose évoquée par la loi de la période d'essai pour les CDI est, que les règles relatives à la résiliation du contrat de travail ne sont pas applicables à l'essai.
- c'est la JP qui a progressivement défini le régime juridique de l'essai.

A. L'existence et la preuve de l'essai.

→ **l'article 1315 du code civil** : « c'est celui qui se prévaut de l'existence d'une période d'essai, qui doit en rapporter la preuve » :

- l'essai n'est pas de droit, il n'y a pas d'automaticité de la période d'essai qui doit être prévu soit par le contrat (par une clause d'essai invoquée par les parties), soit pas la convention collective de branche.
- Mais, la période d'essai ne saurait résulter d'un usage, et ne peut pas non plus résulter d'un engagement unilatéral qui englobe les accord atypiques (c'est-à-dire les accords non collectifs au sens du CT).
- Le fait que l'employeur peut se prévaloir d'une période d'essai, à la suite de la convention collective, alors même que le contrat de travail n'a pas de clause d'essai est problématique au regard de la règle d'articulation du « principe dit de faveur ».

→ dans **l'arrêt du 25 mars 98**, d'après l'article 1134 Cciv et des dispositions conventionnelles, la chambre sociale a considéré « **qu'en l'absence de contrat de travail écrit (donc absence de clause d'essai expresse), l'employeur ne peut se prévaloir d'une période d'essai, que si celle-ci est instituée obligatoirement par une convention collective, si la disposition se suffit à elle-même et si le salarié a été informé au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance** ».

- la période d'essai n'a pas de caractère automatique, il faut qu'elle soit prévue soit par le contrat de travail, soit pas une disposition de la convention collective.
- Si le contrat de travail n'a pas de clause relative à l'essai, et que, néanmoins, la convention collective de branche institue une période d'essai de manière obligatoire, celle-ci s'impose au salarié sous deux conditions :
 - le salarié doit être informé de l'existence de la convention
 - il doit avoir été mis en mesure d'en prendre connaissance lors de l'embauche

→ le principe de faveur souligne l'originalité du système de combinaison des normes du droit du travail, ce principe est mis en place dans deux cas :

- dans le rapport loi/contrat de travail
- dans le rapport contrat de travail/convention collective

- Les auteurs préfèrent parler d'application de la disposition la plus favorable, plutôt que de principe de faveur, car le principe inclut une généralité.

- Dans cet arrêt, la CC ne fait pas systématiquement application de la règle dite de faveur, pourquoi ? Car, ici, il y'a silence du contrat et des dispositions conventionnelles pour une période d'essai, la disposition la plus favorable est ici le contrat qui n'institue pas de période d'essai, or, les juges donnent effet aux dispositions conventionnelles. Conclusion : tout conflit de normes n'est pas forcément résolu selon le principe de faveur.

- Cet arrêt est considéré comme portant atteinte au principe de faveur, donc a contrario cela suppose l'existence d'un principe de faveur (ce qui ne va pas de soit sur le plan théorique). C'est une solution critiquable, non pas tant au niveau de la logique juridique qui sous-tend la solution et porte atteinte au principe de faveur, mais surtout parce que cet arrêt justifie l'opposabilité de la disposition conventionnelle au salarié, au travers d'une information que celui-ci devrait se voir délivrer sur l'existence de la convention collective applicable au moment de son embauche.
- Cette directive n'a pas été transposée en droit français, on peut douter de la capacité du salarié lors de l'embauche à être en mesure de demander à être informé sur la teneur de la convention collective, information qui paraît bien illusoire.

B. La durée de l'essai :

→ quand une période d'essai est stipulée postérieurement à l'exécution du contrat, la durée exécutée est déduite de la période d'essai :

- pour les CDI, la loi ne fixe pas de délai minimal ou maximal de la période d'essai, mais compte tenu de la précarité du salarié durant cette période d'essai, la durée ne saurait être fixée de façon arbitraire.
- En revanche, quand la durée de la période d'essai prévue par le contrat de travail excède la durée fixée par la convention collective, cette clause doit être alors automatiquement écartée, en vertu de l'effet impératif et automatique de la convention collective.

→ ici, le principe de faveur retrouve sa vocation, il y'a un rapport net (la convention collective peut déroger au contrat si il y'a une condition plus favorable...).

→ Mais la période d'essai ne doit pas être excessive, surtout au regard des fonctions que l'intéressé doit occuper : la CC a condamné des employeurs ayant imposé des périodes d'essai hors proportion pour tester un salarié. Ainsi, la période d'essai doit être proportionnée à l'emploi occupé par le salarié, elle ne doit pas être déraisonnable par rapport à la qualité du salarié et de l'emploi.

C. Période d'essai, période probatoire, et changement de fonction et d'emploi :

→ question : une période d'essai peut-elle être convenue en cours de contrat, lors d'un changement de fonction ou d'un changement d'emploi du salarié ?

→ **l'arrêt du 13 mai 05** répond négativement à cette question, sans pour autant condamner toute possibilité pour l'employeur d'évaluer le salarié lors d'un changement de fonction ou d'emploi. La CC répond en deux temps :

- un salarié ne peut valablement renoncer pendant la durée du contrat par avance au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement : c'est le caractère d'ordre public de la loi qui prévoit que le droit du travail institue un ordre de protection.
- Si en cours de contrat, les parties peuvent convenir, à l'occasion d'un changement d'emploi ou de fonction, d'une période probatoire, la rupture de celle-ci ne peut concerner le contrat de travail, et a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures.

→ remarques :

- une période d'essai ne peut être valablement convenue en cours d'exécution du contrat de travail, à partir du moment où le contrat de travail a été définitivement conclu, au moyen d'un avenant ou même un nouveau contrat.
- Si une période d'essai ne peut pas être instituée en cours d'exécution du contrat, les parties peuvent au contraire, prévoir en cours du contrat, à l'occasion d'un changement de fonction ou d'emploi, une période probatoire. La période d'essai est différente de la période probatoire car cette dernière est « sans incidences sur le contrat », donc elle n'a pas pour effet de soustraire la rupture aux règles du licenciement ; de plus, si l'employeur n'est pas satisfait de la capacité du salarié à occuper les nouvelles fonction, il peut rompre la période

probatoire mais la rupture ne doit pas concerner le contrat de travail → la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures.

- C'est une solution apparemment nuancée car elle interdit la stipulation d'une période d'essai au cours de l'exécution du contrat de travail : la CC préserve la survie du lien contractuel par delà l'échec qui aurait accompagné un changement de fonction ou d'emploi.

D. L'expiration de la période d'essai :

→ pendant la période d'essai, les règles relatives au licenciement ne sont pas applicables : chacune des parties a la possibilité de mettre un terme à tout moment, l'employeur peut résilier le contrat de travail sans avoir à respecter une procédure spécifique, ni à invoquer une cause réelle et sérieuse.

→ cependant, ce droit est susceptible d'abus : l'employeur peut considérer cette rupture comme jamais abusive ou fautive.

- ainsi, l'abus des périodes d'essai est reconnu à chaque fois que le salarié prouve que les motifs de la résiliation sont étrangers à l'appréciation de ses capacités professionnelles.
- Si les règles encadrant la justification du licenciement sont écartées durant la période d'essai, cette rupture ne peut avoir lieu que pour un motif lié à la finalité de l'essai : le droit de résiliation unilatéral par l'employeur en cours d'essai, ne peut être exercé que si son évaluation du salarié débouche sur un échec et ne lui donne pas de satisfaction (donc, que pour un motif tiré de la faute ou de l'incompétence, de l'insuffisance professionnelle du salarié → tout autre motif viole la finalité de l'essai, qui est de permettre d'évaluer un salarié en situation de travail réel).
- Si l'essai est concluant pour chacune des parties, le contrat de travail devient définitif à la fin de la période d'essai et les droits attachés à l'ancienneté sont appréciés à compter du jour de la conclusion du contrat (et non au jour où il est devenu définitif).
- Il y'a une recherche cohérente de la JP pour assigner une fonction à la période d'essai : fonction qui cherche à vérifier les compétences du salarié en situation de travail réel, c'est-à-dire l'évaluation de son aptitude à occuper l'emploi.
- Le contentieux montre que la période d'essai n'est pas une technique juridique de flexibilisation des conditions d'usage et d'acquisition de la main d'œuvre, donc la période d'essai n'a pas pour objet d'éluder l'application des règles du licenciement.

CHAPITRE 3 : LA DIVERSITE DES FIGURES DU CONTRAT DE TRAVAIL ET DU RAPPORT D'EMPLOI.

→ Il y'a eu une évolution et une diversification des formes d'emploi depuis les années 80 :

- le rapport d'emploi n'est plus adressé à la figure du CDI, donc il n'est plus un lien promis à la durée permettant l'intégration du salarié dans la collectivité : la figure du contrat de travail est fragmenté à l'image de l'emploi lui-même.

→ Parmi les éléments caractéristiques de tout emploi, deux se prêtent à variation :

- le temps à un double titre :
 - le temps de travail : dans la durée du travail
 - le temps du contrat
- l'espace, le lieu de travail : pourtant le salarié n'a pas forcément un lieu de travail fixe, pour autant sa prestation est sous la subordination d'un employeur. C'est peut être moins sous

l'angle de l'espace que sous l'angle d'identification de l'employeur qu'il convient d'appréhender le travail temporaire.

→ Dans les hypothèses de mise de disposition de personnel (travail temporaire inclus) c'est-à-dire des situations où le cadre d'emploi ne correspond pas au cadre de travail, le centre de gravité du pouvoir et des responsabilités pesant sur l'employeur n'apparaît plus comme une donnée d'évidence, dans les hypothèses de plus en plus fréquentes dans les dispositions du personnel.

SECTION 1 : LE TEMPS DU CONTRAT, LES CDD.

→ La législation concernant les CDD fait l'objet d'une relative stabilité :

- **l'ordonnance du 05 février 82** pose les règles relatives au cas dans lesquels il est possible de recourir au CDD, ainsi que les conditions de validité de ces contrats.
- Le dispositif légal du CDD est modifié **par une ordonnance du 11 août 86** traduisant un assouplissement certain des conditions dans lesquelles les entreprises peuvent recourir aux CDD
- **La loi du 12 juillet 90** reprend les termes d'un accord interprofessionnel, et donne une conception plus restrictive des cas de recours aux CDD + renforcement des sanctions de la violation des règles de formes et de fond régissant les CDD.

→ le régime du CDD et celui des contrats de travail temporaire sont identiques : les cas autorisés, les interdictions, les sanctions sont les mêmes.

- la différence entre CDD/CTT est la configuration du rapport d'emploi, car les CTT font l'objet d'une situation triangulaire entre le salarié, l'entreprise utilisatrice, et l'entreprise de travail temporaire, d'origine.

§1 : Le cas de recours aux CDD.

→ l'article L122-1 pose une double règle :

- le CDD a ni pour objectif ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, il ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et seulement dans les cas énumérés par la loi à l'article L121-1-1.
- Cas pour lesquels les entreprises peuvent recourir aux CDD, liste limitative de la loi :
 - le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu.
 - L'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise.
 - Les emplois saisonniers et les emplois pour lesquels il est d'usage de ne pas recourir aux CDI.

A. Le Remplacement :

→ la JP a précisé dans un **arrêt du 22 novembre 95**, qu' «un CDD conclu pour assurer le remplacement d'une salariée qui elle-même remplaçait un autre salarié, demeure valable ».

- la pratique des remplacements en cascade est une pratique licite consistant à ne pas affecter le salarié en CDD remplaçant un salarié absent, et à faire remplacer un salarié absent par un salarié en entreprise.
- Mais il est interdit de recourir aux CDD dans un cadre général de remplacement de personnel absent, les CDD ne doivent pas être utilisés comme un moyen de remédier aux absences de l'ensemble du personnel qui se trouverait en congé annuel ou en congé maladie.

→ le remplacement n'est permis que pour un salarié déterminé !

- **l'arrêt du 21 mars 00** : cas d'un salarié embauché en CDD pour remplacer des travailleurs temporaires dont la mission est arrivée à terme : ici le CDD est conclu pour faire face à l'échéance de la mission de travail temporaire, donc l'employeur ne peut se prévaloir du remplacement de salarié absent visé par L121-1-1, pour justifier le recours au CDD, c'est-à-dire pour pallier l'aménagement de la mission des travailleurs temporaires. Par contre le remplacement n'exclut pas la pratique dite de remplacement en cascade.

→ **Arrêt du 26 novembre 05 FSPBRI** : la CC pose un principe selon lequel « **l'employeur ne peut recourir automatiquement aux CDD de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre, c'est le cas lorsque sur une période de 2 ans, 104 CDD ont été conclus avec la même salariée répondant au motif du remplacement d'un salarié absent entre mai 97 et mai 99** ».

- or les juges du fond ont considéré que la salariée a occupé le même emploi de receveuse de péage pour des durées limitées mais répétées à brèves intervalles, que le nombre de CDD de remplacement au péage était supérieur à l'effectif érigé en mode normal de la gestion de la main d'œuvre, la CA a donc déduit que l'emploi était dédié à l'emploi normal de l'entreprise.
- De plus, la CA fait état que le nombre de salarié sous CDD était supérieur au nombre de salarié permanent dans l'entreprise, donc le CDD n'obéissait pas à la règle selon laquelle le CDD n'a ni pour objet ni pour effet de pourvoir un emploi lié directement à l'activité permanente de l'entreprise.

B. L'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise :

→ **Arrêt du 21 novembre 04**, la CC a précisé que l'accroissement temporaire de l'activité ne suppose pas son caractère exceptionnel, donc cette notion (dans la mesure où elle vise tout accroissement d'activité, régulier ou pas, habituel ou exceptionnel) ouvre largement accès au CDD donc elle rend artificielle la présentation d'une liste limitative de CDD.

C. Les emplois saisonniers et les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir aux CDI :

→ ils font l'objet d'un abondant contentieux, il y'a deux catégories :

- les emplois saisonniers
- les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir aux CDI, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire des emplois

→ l'arrêt rendu par **la chambre sociale le 17 janvier 96** a précisé qu'il s'agissait là de deux figures contractuelles distinctes.

→ Les emplois saisonniers :

- la chambre sociale considère **que le caractère saisonnier d'un emploi concerne des tâches normales appelées à se répéter chaque année à une date fixe, en fonction du rythme des saisons, ou des modes de vie collectif.**

- **en 78**, la CC a considéré que, quand un salarié est employé pendant toutes les saisons à la même entreprise, il y a entre les parties des relations d'une durée globalement indéterminée. Dans ce cas, il importe peu que le salarié ait été employé pour la période fixe de la saison et que l'exécution du contrat de travail ait été suspendu dans l'intervalle.

- la JP a été maintenue dans un **arrêt du 05 mai 99** où elle confirmait de nouveau une CA d'avoir requalifier en CDI des CDD conclu de manière successive, signé entre des animateurs de loisirs et la SNCF : en l'espèce ce sont des contrats de travail des salariés conclu successivement pendant l'année scolaire, puis pour celle des vacances d'été → pour la CC, ces contrats avaient été en fait renouvelés sans

interruption pendant plusieurs années, ce dont il résultait que les emplois occupés sont liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

→ il existe donc une adéquation entre la durée des contrats des salariés et la durée de l'activité de l'entreprise, d'où le fait que les emplois des animateurs soient liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

- 2 remarques :

- * confusion fréquente entre les expressions contrats et emplois saisonniers, ce qui révèle de ce que certaines formes d'emploi sembleraient impliquer la figure de CDD

- * les emplois à caractère saisonnier sont qualifiés également de CDD donc la loi associe à la figure du CDD à un emploi saisonnier. Pourtant certains emplois à priori saisonnier ou qualifié de saisonnier par l'entreprise, ne sont pas selon la JP de véritables emplois saisonniers, car ils sont liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

- le salarié n'a pas à subir le risque, la manière dont économiquement l'entreprise organise son activité. Si le salarié exerce son activité dans le cadre d'un CDD successif, renouvelé à plusieurs reprises, sans interruptions, même pour des durées irrégulières et imprévisibles, par conséquent ce CDD doit être requalifié en CDI.

- Qu'est ce qui permet de distinguer les véritables emplois saisonniers ?

- * le critère réside dans le rapport entre la durée de l'emploi du salarié et la durée de l'activité de l'entreprise.

- * si le juge est saisi et qu'il constate un rapport comme tel, il sera amené à requalifier l'emploi saisonnier en emploi permanent, donc CDD → CDI.

- * donc la discontinuité de l'activité économique de l'entreprise est sans incidence sur la qualification du contrat, ce qui est déterminant c'est l'analyse du lien entre la durée des fonctions du salariés et le rythme de l'activité de l'entreprise. Quand il y'a une adéquation entre les deux, on est en présence d'un emploi permanent et le juge requalifiera le CDD en CDI.

- * la notion d'emploi permanent n'est pas exclusif de discontinuité, dès lors que cette discontinuité est le fait de l'entreprise, de sa nature d'activité (cf le centre de vacances). On peut être tenté de parler « d'emploi périodique permanent », par opposition aux emplois saisonniers qui suppose l'existence d'une tâche précise et temporaire.

- la JP est stricte dans l'appréciation du lien entre la durée de l'emploi saisonnier et la durée de l'activité de l'entreprise :

- * dans **l'arrêt du 15 octobre 02** : un salarié est employé chaque année du mois de mai au mois d'octobre depuis 74 dans une société d'extraction de minerais, en qualité de producteur d'engrais, il est embauché dans le cadre d'un CDD conclu sur le 3^e fondement L121-1-1. il n'est pas réembauché pour la saison 97 donc il saisit le CPH pour obtenir la requalification du CDD en CDI.

- * la CA lui donne gain de cause, tout en reconnaissant le caractère saisonnier de l'emploi occupé par le salarié, **« dans l'hypothèse du caractère systématique de renouvellement, il en découle pour le salarié un sentiment de stabilité résultant d'une longue pratique du contrat saisonnier entraînant la disparition du caractère temporaire de l'engagement répété, et provoque chez le salarié le sentiment d'appartenance au personnel de l'entreprise ».**

- * La CC casse, **L122-1-1 + L122-3-10**, « la faculté pour l'employeur de conclure des CDD successifs avec le même salarié, afin de pourvoir un emploi saisonnier, n'est assorti d'aucune limite, au-delà de laquelle, s'installerait entre les parties une relation de travail d'une durée globale indéterminée, alors que d'une part, qu'elle n'a pas constaté que le salarié est employé chaque année pendant toute la période d'ouverture et d'activité de l'entreprise, ou que le contrat était assorti d'une clause de reconduction, et que d'autre part, le sentiment éprouvé par le salarié d'appartenance au personnel permanent de l'entreprise n'est pas de nature à conférer ce caractère à l'emploi occupé, et à créer entre les parties une relation de travail à durée globalement indéterminée ». La CC retient donc une

conception relativement stricte de ce lien entre la durée de l'emploi du salarié et le rythme de l'activité de l'entreprise.

* pourquoi la CC censure -t-elle la requalification de la CA ? l'activité de l'entreprise normale et permanente s'étalait sur toute une année et pas seulement sur la période d'emploi du salarié, donc on est en présence d'un véritable emploi saisonnier (il n'y pas de lien durée/rythme). La JP se justifie au regard de la fonction assignée par la loi au CDD.

→ les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir aux CDI :

- emplois définis par certains décrets ou par la convention collective.

- questions : qu'est ce qu'un emploi par nature temporaire ? le caractère par nature temporaire de ces emplois doivent-ils s'apprécier de manière identiques que les autres recours aux CDD ? est-ce l'activité de l'entreprise ou l'activité du salarié qui est pris en référence ?

- **Arrêt du 21 mars 00** : la CC considère que « **dans les secteurs d'activité où la loi autorise la conclusion de CDD, seuls les emplois présentant un caractère par nature temporaire peuvent être pourvus pour de tels emplois** ».

Donc les contrats pour lesquels il est d'usage de ne pas recourir aux CDI, doivent être interprétés selon la CC, à la lumière de la fonction légale du CDD à l'article L122-1.

* mais il y'a une difficulté : on se pose la question de savoir ce que recouvre l'emploi par nature temporaire ? par ailleurs, nul ne contestait que ces contrats ne pouvaient être conclus que pour faire face à des emplois temporaires ne s'intégrant pas dans l'activité permanente et normale de l'entreprise !

* la JP a effectivement eu des difficultés à distinguer à l'aide de critères objectifs, les emplois par nature temporaires et les emplois s'intégrant à l'activité normale et permanente de l'entreprise : donc la JP est confuse et est révélatrice de la diversité des modes de compréhension de la notion d'emploi par nature temporaire. Le contrat pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI, ne pouvait concerner que des emplois de nature temporaire.

* **par 4 arrêts PBRI (Publication Bulletin Rapport Internet) du 26 novembre 03**, il y'a eu une modification de la compréhension traditionnelle de cette catégorie de CDD. La CC considère en effet « **que l'office du juge saisi d'une demande de requalification d'un CDD en CDI est seulement de rechercher par une appréciation souveraine, si pour l'emploi concerné, et sauf si une convention collective prévoit dans ce cas le recours aux CDI, il est effectivement d'usage de ne pas recourir à un tel contrat, que l'existence de l'usage doit être vérifié au niveau du secteur d'activité défini par L121-2** ».

→ la CC entend réduire l'office du juge (le contrôle judiciaire) au seul contrôle de l'existence d'un usage au niveau du secteur d'activité défini soit par décret, soit par une convention collective, pour l'emploi concerné.

→ **la JP antérieure du 21 mars 00** distinguait les emplois par nature temporaire et les emplois permanents pour admettre ou refuser la régularité d'un CDD d'usage. Donc la CC invitait les juges du fond à rechercher si, par delà l'existence d'un usage au niveau d'un secteur d'activité, l'emploi concerné présentait ou non un caractère temporaire : ainsi les juges doivent caractériser l'emploi par nature temporaire et non se limiter à vérifier l'existence d'un usage de ne pas recourir au CDI, qui ne suffit pas à admettre la régularité des contrats d'usage.

→ or **avec les arrêts du 26 novembre 03**, la CC « rejette dans l'ombre toute discussion portant sur la durée effective du contrat, sur le lien entre l'activité et l'emploi permanent de l'entreprise, et sur la nature de l'emploi en question : le juge n'est plus tenu de vérifier si l'emploi en question est un emploi représentant des caractéristiques ou des spécifications, impliquant ou excluant son caractère temporaire ». Cette JP peut apparaître comme en opposition avec la fonction assignée par la loi au CDD, car c'est tout de même au juge qu'il incombe de vérifier si le motif de recours au CDD invoqué par l'employeur n'est pas purement formel et correspond bien à la fonction assignée par la loi au CDD.

Les parties doivent apporter les preuves au niveau de l'activité (décret ou convention) d'un usage de ne pas recourir au CDI pour l'emploi du salarié, mais, le juge n'est plus tenu de vérifier si l'emploi est un emploi présentant des caractéristiques ou des spécifications incluant ou excluant son caractère temporaire.

→ il y'a donc un retrait du contrôle judiciaire qui aboutit à ce que des CDD soient amenés à pourvoir des emplois permanent. Or la JP a une tendance au retrait de cette idée, pour elle les CDD sont des contrat d'exception, qui ont une fonction résiduelle dans l'organisation de l'acquisition de la main d'œuvre par les entreprises.

→ **L122-1** assigne au CDD une fonction légale et résiduelle dans l'organisation du travail, en réalité ce texte fait l'objet d'une distinction :

- soit l'emploi n'est pas lié à l'activité normale de l'entreprise, le CDD est alors fonction de complément pour renforcer les effectifs permanent de l'entreprise.
- Soit l'emploi est lié à l'activité normale de l'entreprise, les CDD sont alors uniquement des contrats de remplacement

→ **Le CDD a donc deux visions de l'emploi :**

- soit l'emploi ne correspond pas à l'activité normale et permanente (cf emploi saisonnier), alors l'emploi est dit périphérique.
- Soit l'emploi est intégré et lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, alors l'emploi est permanent dont le support est un CDD compte tenu de la nécessité de remplacer le salarié absent.

§2 : Les interdictions expresses.

→ **L122-3** interdit de recourir au CDD pour remplacer des salariés grévistes et pour faire effectuer des travaux dangereux. Ces deux interdictions ne supportent en principe aucune exception, cependant, la CC a une conception souple de la 1^e interdiction :

- dans un **arrêt de mars 2003**, elle a admis qu'un salarié sous CDD pour remplacer un salarié en congé maladie, puisse être affecté à la tâche d'un salarié gréviste

→ cette tolérance est lié à la pratique du remplacement en cascade. La CC a appliqué ce raisonnement à l'interdiction de recourir au CDD pour remplacer un salarié gréviste, cela permet d'aboutir à neutraliser l'exercice du droit de grève.

§3 : Les conditions de validité des CDD et leurs fonctions.

→ le CDD peut comporter une période d'essai qui ne peut être supérieur à un moi, et seulement dans les cas où la durée du contrat est supérieure à 6 mois. Dans les autres cas, la période d'essai ne peut être supérieure à 2 semaines.

- conditions de fond : cas où l'entreprise a légalement le droit de recourir au CDD

- conditions de formes :

* contrairement au CDI (pas de formalité particulière), le CDD fait l'objet d'un certain formalisme.

* exigence légale d'un écrit

* CDD= mentions obligatoires (la sanction de l'absence, ou l'omission d'une mention n'est pas toujours sanctionné de la même manière, tout dépend de la nature de la mention omise)

* **L122-3-1 : « le CDD doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif, à défaut il est réputé conclu pour une durée indéterminé... le CDD doit surtout comporter le nom et la qualification du salarié... »**. De plus, le contrat doit être transmis au salarié au plus tard dans les deux jours suivant son embauche → rédaction ambiguë de cet article : c'est seulement pour l'absence d'un

écrit et de la définition précise de ce motif que la loi dispose expressément que le contrat est conclu pour une durée indéterminée, la loi n'évoque des sanctions de requalifications que dans ces cas là ! or, qu'en est il face à l'omission des mentions obligatoires instituées par **L122-3-1** ? La CC considère que l'absence de la mention relative au nom et à la qualification du salarié remplacé, entraîne la requalification du contrat. Mais l'omission de la mention relative à la convention collective applicable, ne peut entraîner la requalification de CDD en CDI, de même, n'a pas à être requalifié, le contrat transmis à l'entreprise dans les deux jours, pour signature, même si ce contrat n'est pas revêtu de signature de l'employeur : à défaut, il sera réputé conclu pour une durée indéterminée car la loi pose une présomption.

La force de cette présomption : il s'agit ici d'une présomption irréfragable, la CC ayant été amenée à juger dans un **arrêt du 21 mai 96** : « **en l'absence d'un contrat écrit, l'employeur ne peut écarter la présomption légale en apportant la preuve d'un contrat verbal conclu pour une durée déterminée.** »

Mais dans **un arrêt du 10 juillet 02**, fort critiquable, la CC a considéré que « le salarié peut rapporter la preuve de ce que le contrat conclu verbalement (donc absence d'un écrit) est à durée déterminée, donc la présomption n' pas de caractère irréfragable à l'égard du salarié ». Ici, c'est un dispositif mis en place dans l'intérêt du salarié, qui relève donc de l'ordre public de protection, mais il est critiquable car il n'est pas admissible que des règles d'ordre public soit laissée à la disposition des parties.

→ on peut s'interroger sur le sens du formalisme régissant le CDD :

- il est protecteur : il y'a un souci de précaution du consentement de la partie faible, l'accomplissement des formalités permettent au juge d'exercer son contrôle de la fonction légale du CDD.
- Ce respect exigé par la loi, atteste du fait que le CDD n'est pas utilisé pour pourvoir un emploi lié à l'activité permanente et normale de l'entreprise.
- La forme permet de vérifier que le fond du droit est respecté : il y'a une imbrication des formes de recours des CDD et l'imposition aux employeurs des formalités.
- La sanction de requalification peut être prononcée rapidement car le CPH doit statuer dans un délai d'un mois.

§4 : Les Droits des salariés sous CDD.

→ les salariés CDD ont les mêmes droits que les salariés en CDI pendant la période d'exécution du contrat, il y'a une égalité de traitement due à l'article **L122-3-3**.

→ ce principe a néanmoins deux limites :

- les règles de licenciement ne sont pas applicables à l'échéance d'un CDD, les salariés CDD ne peuvent prétendre à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, ni aux indemnités...
- de nombreux avantages du salarié dépendent de l'ancienneté dans l'entreprise, donc le salarié bénéficiant d'un CDD n'a pas de droits liés à l'ancienneté car leur présence dans l'entreprise est de plus ou moins courte durée.

§5 : La Durée et les Termes du CDD.

→ tous les CDD ne comportent pas la même durée, cette différence de durée relève des diversités des motifs de recours. Certains CDD ont une durée très courte, d'autres non, pourquoi ?

- tout dépend du motif du CDD, la durée et la fixité en dépend.
- Dans certains cas de recours, la fixation d'un terme précis ou la détermination d'une durée exacte est impossible.

- Des fois, la fixation d'un terme et la détermination du CDD peut être connu à l'avance.

→ CDD comportant un terme fixé avec précision :

- **L122-1-2**
- Un CDD avec un terme fixé avec précision peut être renouvelé une fois et ne peut en principe, excéder une durée totale de 18 mois.

→ CDD ne comportant pas de terme précis :

- **L121-1-2**
- Ce CDD peut être conclu pour des emplois à caractère saisonnier, ou des emplois dont il est usage constant de ne pas recourir aux CDI.
- Cette possibilité est valable en cas de remplacement d'un salarié absent
 - dans ces hypothèses, le contrat peut ne pas prévoir avec exactitude la durée du contrat.
 - dans ces hypothèses, le terme du contrat ne peut être fixé avec précision, lors de la conclusion du contrat ; le terme se confond alors avec la survenance de la condition ou l'événement pour lequel le contrat a été conclu : par exemple, le retour du salarié absent, la fin de la saison etc.
 - les contrats sans termes précis doivent prévoir une durée minimale d'emploi qui ne doit pas être confondu avec le terme, cela signifie que si la réalisation de l'événement ou de l'objet constitutif du terme du CDD, survient avant la durée minimale, alors le contrat se prolongera jusqu'à la fin de la durée minimale.
 - à la différence des CDI, les CDD ne donnent pas lieu à une résiliation unilatérale de l'une des parties pendant son exécution : article **L122-3-8** (possibilité en cas de faute grave ou de force majeure seulement).

§6 : Les Droits du salarié embauché sous CDD à l'échéance du contrat.

→ L122-3-4 : les salariés ont le droit à une indemnité, destinée à compenser la précarité de leur situation, quand les relations contractuelles ne se poursuivent pas par un CDI.

- la loi du 04 mai 05 a assoupli les conditions
- **Arrêt du 09 mai 01** : la CC a considéré que, cette indemnité qui compense la situation dans laquelle le salarié est placé, lui reste acquise nonobstant une requalification ultérieure en CDI. Ces arrêts font une distinction selon le moment où intervient la requalification : on peut supposer que si la requalification du CDD a lieu pendant l'exécution du contrat, l'indemnité de précarité ne sera pas due au moment du licenciement, mais, si le CDD est requalifié en CDI après expiration du contrat, l'indemnité sera due, une demande en restitution peut être adressée à l'employeur.

SECTION 2 : La mise à disposition de personnel

- cela consiste pour une entreprise, à occuper des travailleurs à l'exécution d'une tâche sans pour autant être juridiquement l'employeur de ces salariés.
- à 1^e vue, ces MDP suggèrent la mobilité du salarié. En réalité, il s'agit surtout d'une mobilité juridique, plus qu'une mobilité géographique, et quoiqu'il en soit, la MDP est un mouvement qui part de l'employeur nominal vers une entreprise utilisatrice.
- ainsi, ce qui caractérise ces MDP, c'est la scission juridique entre l'employeur du salarié (nominal) et l'utilisateur de la force de travail du salarié (utilisatrice) : il y a MDP quand un salarié accomplit sa

prestation auprès d'une entreprise distincte de son employeur, on obtient une relation triangulaire s'écartant du rapport classique bilatéral.

→ question de l'identification de l'employeur du salarié, par exemple, en cas de détermination de la personne responsable en cas d'accident du travail, ou encore est-ce l'employeur du salarié ou l'employeur utilisatrice qui a l'exercice du pouvoir disciplinaire sur un salarié ayant commis une faute ? le salarié est-il tenu de respecter le règlement intérieur de l'entreprise utilisatrice ? de ses ordres ? comment le salarié fera-t-il la grève ? exercera-t-il son droit à la représentation collective ?

→ certains de ces MDP sont licites, d'autres non : en réalité, la MDP par un employeur auprès d'une entreprise utilisatrice est licite que si elle est faite dans les dispositions du contrat de travail temporaire.

→ indépendamment du travail temporaire, il y a un principe qui est l'interdiction de la fourniture de main d'œuvre à des buts lucratifs, la MDP est une location de main d'œuvre qui est licite que si elle est effectuée dans le respect des dispositions du CT organisant le travail temporaire : **L125-1 et L125-3**.

→ hormis les cas où le prêt n'est pas à but lucratif, seul une entreprise de travail temporaire est autorisée à mettre à la disposition provisoire d'utilisateur, des salariés qu'elle embauche et rémunère à cet effet.

§1 : Le travail temporaire.

→ Voir manuel Précis Dalloz.

§2 : Les MDP illicites.

→ les contrats de prêt, de fourniture de main d'œuvre à but lucratifs sont prohibés par la loi et pénalement sanctionnés.

→ ce sont des contrats de locations de main d'œuvre, dont la répression est établie aux articles **L125-1 et L125-3** : il faut ausculter les MDP illicites et les contrats d'entreprise (contrats de sous-traitance, de prestation de service) qui suppose qu'une entreprise va mettre à la disposition d'une autre entreprise, son personnel pour effectuer une prestation.

- il faut donc un critère faisant la part des opérations licites, et celle de pratiques illicites comme les contrats qui, sous la dénomination de contrats de sous-traitance, cache des prêts de main d'œuvre à but lucratif !
- la frontière est délicate entre les deux :
 - la sous-traitance est une opération par laquelle une entreprise (sous-traitant) offre la réalisation d'une tâche/d'un service, réalisé par son propre personnel, qui reste placé sous sa direction et sa responsabilité (donc subordination). **Elle a pour objet l'exécution d'une tâche objective définie avec précision et rémunérée de manière globale.**
- Comment mettre en évidence le caractère illicite d'une convention de sous-traitance, qui cache une opération de prêt de main d'œuvre ?
 - le travail des juges s'est compliqué avec la subtilité des techniques contractuelles : la pratique s'est répandue de la part de certaines entreprises, de confier à des tiers la réalisation de tâches qu'elles accomplissaient jusqu'à présent. Ce phénomène est une « extériorisation de l'emploi », réalisé par les recours des entreprises (sous-traitance, prestation de service).
 - Cette extériorisation est réalisée grâce aux recours de contrat d'entreprise (sous-traitance, prestations de service) qui sont des mécanismes juridiques permettant à l'entreprise de recourir au service d'une autre entreprise, grâce au personnel de cette dernière. Le problème est de savoir si c'est bien la prestation ou la réalisation

de cette tâche objective qui constitue l'objet du contrat ? ou au contraire, l'objet du contrat n'est autre que le prêt et la fourniture de main d'œuvre, tout simplement ?

→ le mécanisme de sous-traitance permet à l'entreprise bénéficiaire de recourir aux salariés d'une entreprise tiers pour effectuer une tâche. Les juges se posent la question : est bien la prestation de tâche qui est le contrat ou au contraire, l'utilisation de la main d'œuvre par l'entreprise utilisatrice qui est l'objet du contrat ?

- les juges doivent rechercher au-delà du montage juridique la réalité de l'opération avec la nature exacte du contrat entre les parties, et ce, grâce à la méthode du faisceau d'indices permettant la disqualification de contrat, prétendument en opération de marchandage illicite.
- Normalement, la sous-traitance est un contrat où une entreprise offre la réalisation d'une tâche, d'un service, réalisé par son propre personnel restant placé sous sa direction et sa responsabilité, + sous forme de rémunération forfaitaire, c'est-à-dire un prix fixé au départ à un prix convenu en fonction de l'importance des travaux (ne tient pas compte de l'effectif des travailleurs utilisés). Ainsi, l'indice de rémunération est important, c'est la prestation qui fait l'objet de la rémunération et non la force de travail des salariés du sous-entrepreneur !

→ la relation entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise principale :

- les juges s'attachent aux conditions dans lesquelles les salariés exécutent leur travail.
- En principe, le sous-traitant est, et demeure le seul employeur des travailleurs embauchés, il devra donc encadrer le personnel même quand l'exécution du travail se déroule à l'intérieur de l'entreprise utilisatrice (ici, si véritable contrat de sous-traitance).
- Pourtant, quand on examine la JP, se pose la question du degré du contrôle de l'entrepreneur principal sur les salariés du sous-traitant, existence ou non d'un tel contrôle ?

→ concrètement, dans les faits, ce contrôle existe : l'entrepreneur principal auprès duquel sont affectés les salariés du sous-traitant, exerce un certain contrôle et une autorité de fait sur le personnel du sous-traitant. « une certaine direction de leur travail existe toujours de la part de l'entrepreneur principal sur le personnel de l'entreprise sous-traitante », c'est pourquoi il y'a une frontière délicate à tracer entre le prêt de la main d'œuvre et le contrat de sous-traitance.

→ les juges ne condamnent pas un contrôle de l'entrepreneur principal sur le travail du personnel du sous-traitant, mais plutôt le déplacement pur et simple du lien de subordination de l'employeur nominal (salarié), vers l'entreprise utilisatrice : dans ce cas, les juges doivent disqualifier une opération de sous-traitance en un prêt de main d'œuvre illicite !

→ les sanctions pénales sont définies à l'article **L152-3 CT** : une peine d'amende, une peine d'emprisonnement de 2 ans ou interdiction d'exercer l'activité de sous-traitant de main d'œuvre pour une durée de 1 à 10 ans.

AXE 2 : LA PERTE DE L'EMPLOI

→ Le CDI peut prendre fin à tout moment par la volonté de l'un. Toutefois, cela est encadré par la loi quand cela relève de l'initiative de l'employeur :

- la résiliation du CT par l'employeur = le licenciement, est soumis à des exigences de formes et de fond, contrairement à la démission donnée par le salarié.
- L'asymétrie s'explique aisément, car le licenciement est généralement plus grave que le départ volontaire.
- Pendant longtemps, la démission et le congédiement étaient traités de manière identique par le droit : aucuns de ces deux actes unilatéraux n'étaient soumis à l'exigence d'un motif présentant certaines qualités : la salarié congédié pouvait seulement prouver un abus de l'employeur, dans l'exercice de son droit de résiliation.
- 2 lois de 1970 ont créés un vrai droit du licenciement :
 - **Loi du 13.07.73** impose à l'employeur de suivre une procédure et a subordonné tout licenciement à une CRS ; le licenciement est passé de l'exercice d'un droit susceptible d'abus à un acte obligatoirement causé ou justifié.

- **Loi du 03.01.75** met en place des dispositions propres au licenciement pour motifs économiques + organisation des représentants du personnel sur tout projet de licenciement collectif + soumet tout licenciement individuel ou collectif à une autorisation administrative préalable.
- le droit du licenciement, surtout le licenciement économique, est **un enjeu important pour les entreprises** qui aspirent à moins de rigidité à la gestion de la main d'œuvre, passant par un assouplissement des conditions relatives au prononcé d'un licenciement.
- Mais c'est aussi **un enjeu pour les salariés**, qui aspirent à conserver leur emploi ou à des reclassements substantiels.
- C'est pourquoi, le droit du licenciement économique a été remodelé au fil des changements de majorité parlementaires, et aucune depuis 86 ne nous a épargné une réforme du licenciement économique, la dernière datant du 18.01.05.

SOUS TITRE 1 : LE DROIT COMMUN DE LICENCIEMENT.

CHAPITRE 1 : LA PROCEDURE DE LICENCIEMENT

→ Elle comporte les mêmes phases, quelque soient les effectifs de l'entreprise, l'ancienneté du salarié, et le motif de la rupture.

→ Il existe des règles spécifiques procédurales à certains licenciements collectifs pour motifs économiques...

SECTION 1 : Les Phases de la Procédure.

§1 : L'entretien préalable.

→ il ne concerne pas le licenciement économique de 10 salariés et plus, dans une même période de 30 jours, quand dans l'entreprise, il existe un CE ou au moins des DP.

→ hormis ce cas, l'employeur qui envisage de licencier un salarié doit convoquer l'intéressé à un entretien préalable, sur lettre recommandée avec AR, ou lettre remise en mains propres avec décharge.

→ Nécessité de certaines indications :

- l'objet de l'entretien, c'est-à-dire préciser qu'un licenciement est envisagé.
- Date, heure, lieu de l'entretien.
- Possibilité pour le salarié de se faire assister lors de l'entretien par la personne de choix appartenant à l'entreprise. Si l'entreprise est dépourvue d'institutions représentatives du personnel, la lettre de convocation doit mentionner l'adresse des services où peut être consulter la liste des conseillers externes à l'entreprise.

→ La loi ne pose pas de délai minimum entre la convocation et l'entretien mais la JP considère que ce délai doit être raisonnable ou suffisant, pour permettre au salarié d'organiser sa défense. Quand le salarié est amené à recourir à l'assistance d'un conseiller extérieur, le délai est d'au moins de 5 jours ouvrables après la présentation de la convocation.

→ Au cours de l'entretien, l'employeur indique les motifs et doit recueillir les explications du salarié (et de son conseiller le cas échéant) :

- les propos tenus lors de l'entretien ne peuvent sauf abus, constituer à eux seuls la cause de licenciement.

- Donc, le salarié n'est pas tenu de se rendre à l'entretien préalable institué « dans son seul intérêt ». Mais son absence ou son refus (voire même son refus d'AR) ne font pas obstacle à la poursuite de la procédure, mais l'employeur peut tirer argument de cette absence, pour prononcer un licenciement sur cette base.
- Donc les fonctions principales de l'entretien préalable sont de fournir des explications et de préparer la décision.

§2 : La notification du licenciement.

→ Concerne tous les licenciements + est assujettie à des exigences de formes et délais, mais aussi de fond qui déterminent sa portée.

A. Formes et délais :

→ si l'employeur veut licencier, il doit notifier sa décision par lettre recommandée avec AR au salarié :

- la lettre ne pouvant être expédiée moins d'un jour franc après la date à laquelle le salarié a été convoqué à l'entretien préalable.
- Ce délai sert à éviter une décision précipitée de l'employeur (il est plus long en cas de licenciement économique, varie de 7 à 67 jours).
- Quand un licenciement a un motif disciplinaire, c'est-à-dire faute du salarié, il ne peut être notifié plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien.

B. Énonciation :

→ **L 122-14-2 CT** : « l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement, elle doit donc mentionner les faits qui, aux yeux de l'employeur, justifient sa décision ».

→ Pour la CC, ces faits doivent être matériellement vérifiables et doivent préciser la qualification du licenciement (pour motif économique ou personnel, faute du salarié ou son insuffisance professionnelle) :

- quand il s'agit d'un licenciement économique, la lettre doit préciser non seulement la raison économique à l'origine de la mise en cause de l'emploi, mais aussi le lien qui unit cette raison économique à la suppression ou à la transformation de l'emploi.
- Le seul grief de faute professionnelle sans autre précision ne constitue pas un motif de licenciement au sens de la loi, cette irrégularité équivaut à une absence de motif pour licenciement. Mais si la lettre énonce un autre motif distinct de celui mentionné lors de l'entretien, cela est une irrégularité procédurale qui n'affecte pas le fond de l'acte.
- A défaut d'énonciation des motifs de licenciements dans la lettre, la JP considère que celui-ci est dépourvu de CRS. Cette solution de la chambre sociale a été confirmée **par l'AP dans un arrêt du 27 décembre 88** : « la seule référence dans la lettre de licenciement, au motif contenu dans la lettre de convocation à l'entretien, ne constitue pas l'énoncé des motifs exigé par la loi ». L'absence de motif de licenciement ou motif insuffisant, affecte le fond de l'acte, car le licenciement est dépourvu de CRS.

→ Double rôle probatoire de la lettre de notification :

- fixe la date de la rupture.
- Les motifs fixent les limites d'un éventuel litige : cf chambre sociale 2001 « la notification fixe le cadre du débat donc si le salarié saisit le CPH d'une demande en contestation du CRS, l'employeur ne pourra invoquer d'autres motifs pour justifier sa décision de licenciement ».

→ Avec la notification, le licenciement prend effet et devient irrévocable.

SECTION 2 : La sanction des irrégularités procédurales.

→ Le licenciement injustifié est sans CRS, tandis que le licenciement irrégulier est un licenciement prononcé en violation des règles de procédure, sauf que la lettre de notification est comme une formalité qui affecte le fond du droit.

§1 : Le licenciement irrégulier.

→ c'est le licenciement prononcé sans entretien préalable, ou prononcé alors que le salarié est convoqué mais pas dans les formes prescrites par la loi. C'est aussi le licenciement prononcé, alors que fait défaut l'une des mentions obligatoires, ou encore le licenciement prononcé sans que le temps séparant la convocation à l'entretien de la date de celui-ci ait été suffisant, ou quand le délai d'un jour franc n'a pas été respecté entre l'entretien et la notification.

→ **les sanctions pour irrégularités de procédure = L122-14-4 CT :**

- problème : cette sanction est encourue que, quand l'entreprise occupe au moins 11 salariés ou +, et que le salarié ait au moins 2 ans d'ancienneté lors de la rupture. Si une des 2 conditions fait défaut, le licenciement irrégulier n'est pas passible de cette sanction.
- Mais ces conditions tenant à la taille de l'entreprise et à l'ancienneté du salarié, ne sont pas requises quand l'irrégularité consiste en l'absence de la convocation de l'entretien préalable et en l'absence d'information de la faculté d'assistance prévue par la loi en faveur du salarié.
- Si les salariés en font la demande et si les conditions sont réunies, le CPH doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et le condamner à verser une indemnité égale à 1 mois de salaire, au salarié.

§2 : Le licenciement injustifié.

→ CC considère que certaines formalités, du moins le non respect de certaines, affectaient directement le fond du licenciement, et conduisait à le traiter comme un licenciement sans CRS.

→ Ainsi, l'absence ou insuffisance de motifs dans la lettre de licenciement, prive le licenciement de CRS, donc à défaut d'énonciation du motif dans la lettre de notification, ou face à une motivation insuffisante, le licenciement est injustifié.

→ L'énonciation de motifs est une formalité substantielle touchant le fond du droit, la forme permet de contrôler le fond du droit, donc permet au juge de vérifier le caractère réel et sérieux.

CHAPITRE 2 : LE FOND DU LICENCIEMENT

→ **Avant 73**, le licenciement n'était pas subordonné à l'exigence d'une CRS, c'est-à-dire l'existence d'un motif présentant certaines qualités : en effet, l'employeur n'était pas tenu de justifier sa décision et risquait seulement de se voir reprocher un abus dans l'exercice de son droit de résiliation unilatérale.

→ **Depuis une loi de 73**, il n'a le droit de rompre un CDI que si les motifs dont il doit faire état au cours de la procédure ...

→ **L 122-14-3 + L 122-14-4** : ce sont les articles du CT qui concernent le contrôle judiciaire du licenciement (office du juge), et qui exigent indirectement que les motifs présentent un CRS.

SECTION 1 : Les Conditions de Justification du licenciement

§1 : La notion de CRS de licenciement

→ La loi limite les motifs invocables à certains salariés (grossesse, grévistes...), et la loi interdit de licencier sous peine de nullité en considération de certains motifs à **l'article L 122-45**.

→ À la lumière du motif, il y'a une exigence d'un fait exacte et objectif imputable au salarié :

- au cours de débats parlementaires, la loi de 73 envisage la cause sérieuse comme une cause avec une certaine gravité rendant impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail + rendant nécessaire le licenciement.

- la cause réelle est perçue comme une exigence d'exactitude et d'objectivité.

A. La cause réelle :

→ Le fait allégué par l'employeur comme motif de licenciement, doit non seulement exister, mais le fait doit aussi constituer le véritable motif de la rupture.

→ La cause réelle implique l'objectivité de celle-ci, donc un licenciement n'aura de cause réelle que si le motif invoqué, non seulement se prête à la vérification de son existence, mais consiste également en un fait objectif.

→ **La cause doit être existante :**

- donc est réelle ssi les faits allégués par l'employeur se sont produits.
- Employeur doit alléguer un motif concret et précis dont l'existence peut être matériellement vérifiée. Cf « la cause exacte » qui est une composante de la cause réelle : le fait allégué par l'employeur doit être la véritable raison de licenciement, et ne doit pas en cacher une autre.

→ **la cause doit présenter un caractère objectif :**

- la CC a admis pendant longtemps que la perte de confiance allégué par l'employeur est une CRS de licenciement. Mais dans un **arrêt du 29 novembre 90**, la chambre sociale : « le

licenciement pour une cause inhérente au salarié doit être fondée sur un élément objectif, la perte de confiance alléguée par l'employeur n'est pas en soit un motif de licenciement ».

- dans **un arrêt du 29 mai 2001**, la CC a décidé que « la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que tel une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs : seuls ces éléments objectifs peuvent le cas échéant constituer une cause de licenciement mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur ». CC écarte l'idée qu'une donnée purement subjective (la perte de confiance) puisse constituer une cause réelle dans la mesure où la cause réelle = objectivité des faits. Il est donc exclu qu'un licenciement soit motivé par une perte de confiance inspiré par des soupçons, des rumeurs, des démêlés qu'aurait l'employeur avec le conjoint du salarié.

B. La cause sérieuse :

→ Elle est différente de la cause réelle car un motif peut être réel sans paraître suffisamment sérieux pour justifier le licenciement.

→ Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail, et qui rend nécessaire le licenciement.

→ Elle a pour but de garantir une certaine proportionnalité du licenciement à la gravité des faits reprochés au salarié, que ces faits soient fautifs ou non.

→ Cette définition de la cause sérieuse peut être appliquée à des faits fautifs ou non : la faute n'est pas le motif exclusif de licenciement pour motifs personnels → cf insuffisance professionnelle, inaptitude physique reconnue par la médecine du travail etc.

La Faute :

- un licenciement pour faute est un licenciement disciplinaire, il y a une gradation des fautes.
- **La faute légère** : ne constitue pas une cause sérieuse de licenciement.
- **La faute sérieuse** : une cause de licenciement mais qui prive pas le salarié des indemnités de licenciements et préavis, à fortiori des indemnités de congés payés.
- **La faute grave** : une cause sérieuse qui, à la différence de la faute sérieuse, prive le salarié des indemnités de licenciements et préavis, mais pas des indemnités de congés payés.
- **La faute lourde** : mêmes conséquences que la faute grave, avec en plus la privation des indemnités des congés payés.
- La notion de faute grave est importante car rend possible la rupture avant terme du CDD, c'est une cause de rupture anticipée. De plus, elle prive le salarié du droit à l'indemnité de licenciement et des indemnités de préavis. Problème : il existe une définition judiciaire, mais cette définition n'est pas toujours très facile à mettre en place. En pratique, c'est l'initiative de l'employeur de qualifier de faute grave le fait qu'il reproche au salarié, afin de le licencier et de lui verser des indemnités de préavis. Mais si le salarié saisit le CPH d'une contestation portant sur la qualification du motif de rupture, c'est en principe au juge seul qu'il appartient d'apprécier la gravité des faits reprochés, au regard de la définition de la faute grave livrée par CC. En aucune manière, les juges ne sont liés par les pré-qualifications opérées par l'employeur, quand bien même la pré-qualification découlerait du règlement intérieur. En cas de pourvoi, la CC effectue un contrôle complet, normal sur la qualification de faute grave opérée par les juges du fond en matière de faute grave, alors que par ailleurs, elle a restreint son contrôle en matière de licenciement, à un contrôle de motivation.
- **Dans l'arrêt du 26 février 91**, la CC a livré une définition de la faute grave : **c'est la faute résultant d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié, et constituant une violation des obligations du contrat de travail, ou des relations de travail d'une importance**

telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Donc CC définit la faute grave à partir de ces faits : quoiqu'il en soit, la faute grave peut être une inexécution ou exécution défectueuse de l'obligation contractuelle principale du salarié. Mais la faute grave peut être également une violation par le salarié d'obligation ou de suggestions périphériques (accessoires) par rapport à l'obligation principale, c'est-à-dire fournir le travail demandé par l'employeur (abandon de poste, refus d'exécuter des heures réglementaire, manquement à la discipline, l'état d'ébriété sur les lieux du travail...). Donc cette notion est tiraillée entre une approche contractuelle (manquement à l'obligation de travail) et une approche plus disciplinaire proprement dite.

- Quelque soit la teneur de la faute, la violation de l'obligation principale, il n'est pas indispensable que la faute grave ait causé un préjudice à l'employeur. Ce qui paraît déterminant, c'est le fait que l'agissement du salarié révèle un danger pour l'entreprise, et donc la nécessité de faire cesser le trouble causé par fait fautif le plus tôt possible. C'est pourquoi les juges du fond doivent préciser en quoi la faute du salarié a rendu impossible son maintien dans l'entreprise.
- Mais la faute grave ne suppose pas l'intention de nuire comme la faute lourde. De plus, quand les juges sont faces à une demande de requalification, ils vont se lancer à une appréciation IN CONCRETO en raison des circonstances de faits (âge, emploi du salarié etc).

L'insuffisance de résultats :

- c'est l'inexécution des objectifs quantitatifs fixés soit par une clause dans le contrat de travail, soit fixé de manière unilatérale par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction.
- Débat sur l'inexécution par le salarié des objectifs résultant d'une clause intégrée dans le CT : aujourd'hui, la CC admet que les objectifs soient fixés uniquement par l'employeur.
- L'évolution du contentieux de l'insuffisance des résultats est à la lumière de l'exigence imposée par CC en terme d'objectivité dans le droit du licenciement. Dans **l'arrêt du 18 mars 86 Encyclopédie Universalis, la CC** : « l'insuffisance de résultat obtenus par un salarié chargé de commercialiser les produits de l'entreprise par rapport au quota prévus à son contrat, constitue, sauf fraude de l'employeur, une CRS de licenciement, peu importe que cette insuffisance soit liée à l'état du marché et que la situation économique rende souhaitable la recherche par l'employeur de moyens de vente plus efficaces ». Donc peut importait que l'insuffisance ne soit pas imputable au salarié : la chambre sociale considère que le simple non respect de l'objectif contractuellement fixé, quelque soit la cause, justifiait un licenciement pour une CRS. C'est la transposition pure et simple des règles de droit commun des contrats, à partir du moment où l'entreprise peut contractualiser les objectifs, le simple écart est un écart contractuel, donc cela justifiait le prononcé d'un licenciement.
- Critique de cet arrêt : par la référence à l'article 1134 Cciv, le juge s'interdisait de contrôler le caractère réel et sérieux du licenciement, quand bien vu les articles L 122-14-2 et L 122-14-3 CT. Cette JP a été abandonnée, **dans un arrêt du 03 février 99 de la chambre sociale** : « l'insuffisance des résultats au regard des objectifs fixés ne constituent pas en soi une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une CRS ».
- **Arrêt du 30 mars 99** : censure d'un arrêt d'appel car les juges du fond n'ont pas vérifié si l'objectif défini était raisonnable et compatible avec le marché.
- **Arrêt du 14 novembre 2000** : aucune clause du CT ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque est une cause de licenciement. Cette règle appliquée à l'insuffisance de résultats implique l'obligation pour les juges de vérifier la réalité des faits allégués par l'employeur, mais aussi, si ce non respect des objectifs est susceptible de

justifier une CRS de licenciement ? Le caractère sérieux du motif de licenciement va s'apprécier par rapport au caractère réaliste, raisonnable des objectifs assignés au salarié et compatible avec le marché, par les juges du fond. Cette raisonnable est en rapport avec l'état du marché, la CC soumet l'employeur à une exigence de réalisme dans la fixation des objectifs, exprimé à travers le raisonnable en rapport avec le contexte économique.

- **Arrêt du 03 avril 2001** : la chambre sociale rappelle que l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soit une cause de licenciement, et ajoute que les mauvais résultats pour être imputables au salarié, doivent procéder soit de son insuffisance professionnelle, soit d'une faute. Depuis l'invocation de l'insuffisance doit nécessairement avoir sa source dans l'insuffisance professionnelle (= pas les compétences requises pour exercer les fonctions qui lui ont été confiées, terrain de l'aptitude professionnelle), ou dans une faute du salarié (on glisse vers le terrain disciplinaire).
- La CC a été très conséquente avec ses affirmations selon laquelle l'insuffisance en soit n'est pas une CRS de licenciement. De cette affirmation, la CC a tiré toutes les conséquences, puisque les juges sont tenus de vérifier et contrôler l'imputabilité des mauvais résultats du salarié : d'abord, en vérifiant le caractère raisonnable des objectifs fixés ; si ces derniers sont raisonnables, les juges sont tenus de caractériser la cause de l'insuffisance en imputant à une faute du salarié ou à son incompétence les mauvais résultats, donc en gros, le licenciement pour insuffisance de résultat n'existe plus.
- La CC a restauré le contrôle judiciaire des juges du fond sur l'existence de clauses objectives : les juges du fond doivent respecter 2 conditions. Ils doivent d'abord vérifier le caractère raisonnable des objectifs fixés, puis ils doivent rechercher l'imputabilité des mauvais résultats, quand bien même la raisonnable des objectifs. Philippe Vaqué : « la notion d'objectifs en soit n'est nullement contestable, mais il faut l'encadrer. La CC l'a fait à travers la recherche des mauvais résultats et leur imputabilité ».

L'insuffisance professionnelle :

- en l'absence de toute faute de sa part, le salarié peut être licencié car il ne présente pas les compétences requises pour exercer les tâches confiées.
- La différence entre le licenciement pour insuffisance professionnelle et le licenciement disciplinaire est assez délicate : **selon la chambre sociale du 09 mai 2000**, un licenciement pour faute grave a nécessairement un caractère disciplinaire et l'insuffisance professionnelle n'a pas de caractère fautif ! Problème : le contrôle judiciaire de l'insuffisance professionnelle se heurte au jugement patronal d'aptitude, c'est-à-dire le pouvoir pour l'employeur de porter un jugement sur les compétences de ses salariés.
- Dans un premier temps, la JP a témoigné d'une certaine « réserve » à s'immiscer dans ce genre de jugement : donc c'est la théorie de l'employeur-seul juge, en présence d'une allégation d'insuffisance professionnelle, le juge ne saurait substituer son appréciation à celle de l'emploi.
- Puis essor d'une certaine objectivité dans la JP qui a conféré une certaine consistance au contrôle que le juge a pour mission d'exercer : l'emploi doit alléguer des faits précis, exactes, ces faits ne doivent pas relever de la pure subjectivité. La justification du licenciement pour insuffisance professionnelle doit s'apprécier différemment selon les circonstances → entrent en considération la qualification du salarié, l'emploi occupé, la qualification requise pour l'emploi et la durée de l'emploi.
- **Arrêt du 02 février 99**, la chambre sociale approuve une CA : un employeur qui faisait effectuer à la salariée des tâches ne relevant pas de sa qualification et étrangère à l'activité

pour laquelle elle a été embauchée, ne pouvait lui reprocher les erreurs commises dans son travail.

§2 : L'interdiction de licencier pour certains motifs.

A. Les motifs discriminatoires :

→ **L 122-45 CT** « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, à un accès d'un stage ... aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de son origine, sexe, mœurs, âge, situation de famille, caractère génétique ... » → **motifs en considération desquels il est interdit de licencier un salarié.**

→ **Notion de discrimination** : est ce que le principe d'égalité n'est pas en train de se faire happer par des règles de non discrimination qui ne parviennent pas à l'égalité, mais simplement de traquer, d'interdire tout comportement ou décision fondée sur l'un des motifs énumérés par la loi ???

- définition de la discrimination : c'est une différence de traitement prohibée par la loi, qui est illicite, ou illégale, dont le motif est prohibé par la loi.
- Au fil du temps, **L 122-45** s'est enrichi, il y a deux conditions :
 - Le motif doit être toujours là.
 - Le domaine : l'article proscriit un certain nombre de domaines dans lesquels un motif discriminatoire ne saurait fonder une discrimination.

→ **La loi du 16.11.01 a étendu ces motifs** : par ex, les caractéristiques génétiques, le patronyme, l'appartenance à une ethnie, la nationalité, la race, l'orientation sexuelle, l'appartenance physique. Par ailleurs, cette loi prohibe la discrimination à l'occasion de l'ensemble de la vie professionnelle du salarié et pas seulement lors du recrutement ou du prononcé de sanction ou de licenciement.

→ il y a une certaine proximité entre les libertés et droits fondamentaux et l'interdiction discriminatoire : dans cette longue litanie des motifs discriminatoires, il y'a des motifs tenant à la personne du salarié et d'autres tenant davantage à l'engagement du salarié dans la vie politique et syndical.

→ **L 122-45** est ici comme une technique de garantie d'exercice de certaines libertés fondamentales (libertés syndicales, droit de grèves...).

→ Les autres motifs tels que l'âge, les caractéristiques génétiques s'apparentent à la personne humaine et à sa dignité. Le législateur met sur le même plan des motifs qui n'ont pour autant, pas grand-chose à voir les uns avec les autres.

→ **Cette loi du 16.11.01 a mis en place un aménagement plus favorable en matière de la preuve** : en effet elle a entériné la JP communautaire en matière de discrimination en matière du sexe, relayé par la chambre sociale en 2000.

- l'article L 122-45 maintient la nécessité pour le salarié de présenter les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe, ou indirecte, **MAIS il appartient à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers de toute discrimination.** Le législateur français a donc fait un renversement de la charge de la preuve. Cette charge est répartie également entre le demandeur et le défendeur.

B. Les libertés et droits fondamentaux :

→ Concernant la liberté d'expression du salarié, elle a fait l'objet d'un abondant contentieux, cf **l'arrêt Clavaud rendu par la chambre sociale en 88** : « la liberté d'expression, hors de l'entreprise s'exerce pleinement, sauf abus. »

- **faits** : un salarié travaille dans les usines Dunlop, dont l'établissement se trouve à Montluçon. Ce salarié est un syndicaliste et donne un entretien à un quotidien dans lequel il relate ses conditions de travail, qui sont certes, pas très reluisantes pour l'image de l'entreprise (temps de pause pas respecté, douches fonctionnant mal etc). Le salarié Clavaud

ne s'exprime pas en sa qualité de délégué syndical, mais en qualité de travailleur citoyen : il est cependant licencié pour faute grave.

- **Question** : il faut trouver un fondement juridique permettant de sanctionner par la nullité le licenciement du salarié. Pourquoi ? car la nullité c'est la sanction du contentieux de la formation d'un acte juridique (surtout avec une cause illicite). Mais en droit du travail, il n'y a pas de nullité sans texte ! or L 122-45 sanctionne par la nullité les actes discriminatoires : la liberté d'expression n'appartient pas à la liste de motifs énumérés par L 122-45, elle n'est donc pas garantie sous les hospices de L 122-45 !! L'intérêt de L 122-45 est la nullité, mais la liberté d'expression a valeur constitutionnelle, conventionnelle et est reconnue par de nombreux instruments internationaux, le CT ne prévoit pas de sanction, d'où la question de trouver un fondement juridique.
- **CC** : « la liberté d'expression hors de l'entreprise, s'exerce dans toute sa plénitude sauf abus ».
- **Depuis, l'article L 120-2 a été introduit** : « nul ne peut porter atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives... des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir... ». Cet article a été introduit par la loi du 31.06.92 sur les recrutements individuels, donc quand la liberté d'expression d'un salarié est en jeu, les juges se réfèrent à l'article L 120-2 → cf **l'arrêt Pierre du 02 mai 2001.**

→ **Pour caractériser l'abus**, les juges se réfèrent au type de fonction occupée par le salarié dans l'entreprise et à la teneur de ses propos (méthode du cas par cas par laquelle les juges considèrent que la liberté d'expression est exercée dans les limites prévues).

→ **Arrêt Montrieu dit arrêt du Bermuda du 28 mai 2003** :

- faits : un salarié porte un bermuda sous sa blouse car c'est la canicule, l'employeur n'approuve pas et le salarié ne coopère pas. Question : le salarié dispose-t-il d'une liberté vestimentaire ?
- CC : si en vertu de L 120-2, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires... la liberté de se vêtir, à sa guise au temps et lieu de travail, n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales. Cet arrêt dit que L 120-2 est une signification, une distinction entre les libertés fondamentales et les libertés non fondamentales, ordinaires qui sont également protégées par L 120-2. Comment distinguer les libertés fondamentales des libertés ordinaires ? CC prête à L 120-2 une distinction que cette dernière n'opère pas : la liberté vestimentaire n'est pas une liberté fondamentale !
- Cette affaire est une occasion pour la CC de faire état de sa position concernant le foulard islamique. La question est de savoir si le port du foulard rentre dans la liberté de se vêtir ou plutôt dans la conviction religieuse ? Si les juges de CC font entrer les contentieux portant sur le port du foulard sous les hospices de L 120-2, et donc c'est une liberté de se vêtir donc le port du foulard n'est pas une liberté fondamentale ! Si les juges de CC font entrer cela dans les convictions religieuses, alors il y a nullité sur fondement de L 122-45 : l'employeur devra prouver que sa mesure d'interdiction est justifiée par des éléments objectifs à toute discrimination ! Cet arrêt est un arrêt de politique de juridiction.

→ **Arrêts de la CA du 16.03.01 et du 19.06.03** : affaires concernant des salariés portant le foulard, ces arrêts n'adoptent pas la même solution.

→ **Arrêt du 16 mars 01** : une salariée est licenciée à la suite de son refus d'obtempérer à l'interdiction du port du foulard, la salariée prétendait que son licenciement est discriminatoire en raison de convictions religieuses.

- ici la CA considère que l'employeur était de la même religion que la salariée et autorisait l'absence de celle-ci hors de la période légale de congé pour effectuer un pèlerinage. Ces deux éléments écartent toute discrimination de l'employeur.

- Question juridique : quel est le fondement ? que ce soit une liberté fondamentale ou ordinaire, l'atteinte doit être justifiée et proportionnée. L'argumentation de l'employeur doit revêtir une plus grande solidité : l'exigence de justification et de proportionnalité de la mesure attentatoire est plus stricte en présence d'une liberté fondamentale que pour une liberté ordinaire. Ici il n'y pas de discrimination.
- Autre question : cette interdiction de l'employeur est elle justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnelle au but recherché ? ici, il y a justification et proportionnalité, donc le licenciement a un caractère réel et sérieux. Ici la CA considère que la vendeuse est en contact avec les clients d'un centre commercial avec un large public donc cela nécessite une neutralité ou une discrétion des opinions personnelles. Pour la CA, la restriction apportée à la salariée (à sa liberté de se vêtir) est justifié par la nature de l'emploi occupé.
- Autre question : y'a-t-il une proportionnalité au but recherché ? imposer une proportionnalité aux mesures d'exigences, c'est obliger l'employeur d'étudier toutes les mesures alternatives à une interdiction pure et simple. Ici cela est justifié mais pas proportionnée (car la personne est autorisée à porter un bonnet).

→ **Arrêt du 03 juin 2003** : une salariée est licenciée car signe distinctif = port du voile. Or cette dernière a été recrutée voilée, puis mutée. Lors de cette mutation, il y'a eu alors l'interdiction du port du voile. Question : est ce un licenciement discriminatoire ? Si oui alors nullité ! Sinon, il faut se pencher sur les caractères justifiés et proportionnels.

- ici la CA tranche la question en concluant que ce licenciement tombe sur le coup d'un motif discriminatoire (le port du voile relève des convictions religieuses), donc prohibé par la loi : ici l'employeur n'a pas apporté de preuves, pour lui ce sont les nouvelles conditions du travail qui justifient l'interdiction. Or pour la CA, l'argumentation selon laquelle la salariée est en contact avec la clientèle, est fallacieuse, car elle été déjà voilée lors du recrutement, donc elle était déjà en contact avec la clientèle. Il n'y a donc pas de preuve d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination de nature à justifier la décision de l'employeur.
- Un rapport STASI préconise qu'il n'y a pas d'interdiction radicale du port de signe distinctif religieux sur les lieux de travail.

§3 : Le contrôle de la CC sur la CRS de licenciement.

→ Jusqu'en 85, la CC effectuait un contrôle normal sur l'opération de qualification par les juges du fond, saisis d'une contestation du motif de la rupture.

→ Puis la CC a eu la volonté de lutter contre l'abondance des pourvois, en dissuadant les plaideurs de venir rediscuter devant elle des motifs de rupture. Par conséquent, elle a aménagé aux juges du fond une plus grande liberté d'appréciation.

→ La CC rejette un pourvoi, quand il lui apparaît que les juges du fond n'ont fait qu'user des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article L 122-14-3, pour décider que le licenciement a une CRS ou pas.

→ **L 122-14-3** : « **en cas de litige, il appartient au juge d'apprécier la régularité des caractères réels et sérieux des motifs invoqués** ».

→ La chambre sociale de la CC a substitué à un contrôle de qualification (contrôle de l'opération de qualification), un contrôle de motivation : en effet, la CC ne censure que les arrêts n'ayant pas de motivation suffisante ou qui révèlent une insuffisance.

→ Néanmoins, la CC peut effectuer une opération de qualification de CRS, quand les juges du fond ont retenu la faute grave ou la faute lourde comme motifs de licenciement. De même, quand les juges retiennent comme motif un fait de la vie personnelle, la CC prescrit aux juges du fond leur pouvoir d'appréciation sur motifs allégués.

→ Pour les auteurs du précis, il y'a un risque d'arbitraire judiciaire, tandis que pour Gérard Couturier, la notion de CRS est une notion cadre or cela n'est pas soumise à l'appréciation de CC.

§4 : La preuve de la CRS.

→ Attention : la preuve de la CRS est différente du motif de licenciement !!

A. La charge de l'allégation :

→ La lettre de licenciement doit mentionner les faits justificatifs de licenciement, à défaut, ce licenciement est dénué de CRS.

→ La charge de la preuve ne pèse sur aucune des parties.

→ **L 122-3 : il y'a un intérêt pour chaque partie de livrer un maximum d'éléments permettant d'étayer sa prétention :**

- le salarié livrera tout ce qui permettra au juge de constater l'inexactitude des faits allégués par l'employeur, de son licenciement.

- l'employeur doit, quant à lui, faire valoir les motifs donnant au licenciement une justification suffisante (faits précis, matériellement vérifiables).

- **Arrêt du 20 novembre 91** : une faute ne peut être retenue au vu de l'enregistrement du salarié à l'aide d'un dispositif de vidéosurveillance, si cela est retenu à l'insu de la connaissance du salarié, cela constitue une preuve illicite. L'employeur doit contrôler l'activité du salarié pendant son temps de travail, tout enregistrement à leur insu est une preuve illicite.

- **L 122-14-3** : si les allégations de chaque partie ne permettent pas au juge de former sa conviction, il lui appartient de pousser l'investigation.

B. Le risque de la preuve :

→ Malgré les efforts des parties et l'initiative du juge, un doute peut subsister au débat : par conséquent la loi du 02.08.89 a complété L 122-14-3 « si un doute subsiste, il profite au salarié », le juge doit alors condamner l'employeur pour licenciement sans CRS.

→ **Dans une décision du 25.07.89, le conseil constitutionnel** a précisé que l'application de cette loi se faisait que dans les cas où le juge est dans l'impossibilité, au terme d'une instruction contradictoire, de former sa conviction sur l'existence d'une CRS.

SECTION 2 : Les sanctions du licenciement injustifié.

§1 : Le licenciement sans CRS : les sanctions prévues à L 122-14-4.

→ Le licenciement sans CRS est un licenciement injustifié.

→ Les sanctions de ce licenciement sont prévues **à l'article L 122-14-4**, ces sanctions doivent être clairement distinguées de la nullité.

§2 : Nullité et réintégration, sanctions du licenciement hautement illicite.

→ **L 122-14-4 et L 122-14-5.**

→ Le licenciement injustifié est un licenciement sans CRS, or le licenciement dépourvu de CRS est sanctionné de la manière suivante :

- le juge saisi d'une demande en contestation du caractère réel et sérieux du licenciement, peut d'après L 122-14-4, proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise avec le maintien de ses avantages acquis.

- Mais la formule légale c'est « le juge PEUT proposer », donc il n'a pas le pouvoir d'imposer, ce n'est pas une obligation, il peut ne pas faire cette proposition.
- A défaut de proposition ou d'acceptation de la réintégration, le CPH a condamné l'employeur de verser au salarié une indemnité, au cours des 6 derniers mois d'exécution, dont le montant ne peut être inférieur ou égal au salaire perçu au cours des 6 derniers mois.
- De plus, l'employeur doit être condamné à rembourser aux organismes concernés tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé par le CPH. Mais le montant du remboursement est limité à 6 mois d'allocations.
- Mais, tout comme les sanctions du licenciement irrégulier, ne sont pas applicables en cas de licenciement d'un salarié de moins de 2 ans d'ancienneté ou dont l'employeur occupe habituellement moins de 11 salariés → dans ce cas, le salarié perçoit des dommages et intérêts fixés selon le préjudice subi.

§3 : Nullité et réintégration, sanction du licenciement attentatoire aux libertés et droits fondamentaux.

→ Quand l'employeur licencie le salarié pour un motif prohibé par la loi, ou en réaction à l'exercice par le salarié d'une liberté fondamentale, la cause de licenciement est réelle mais elle est illicite.

→ Or, un principe général frappe de nullité tout acte juridique ayant une cause illicite : la nullité d'un acte juridique s'entend de son anéantissement rétroactif et commande une remise en l'état donc une reprise de l'exécution du CT illégalement rompu.

→ **Problème en droit du travail** : la loi prévoit expressément la nullité de certains licenciements : ceux prononcés en considération d'un motif discriminatoire et ceux prononcés contre certains salariés → dans ces cas, la loi prononce la nullité du licenciement. La loi énumère d'autres cas de nullité de licenciement comme la nullité liée à l'exercice du droit de grève, lié au harcèlement moral ...

→ **Problème : la loi, même si elle parle de nullité de licenciement, elle ne parle que rarement de réintégration, qui est le corollaire de la nullité.**

- Question 1 : la nullité doit-elle être limitée au cas prévu par la loi ?
- Question 2 : la réintégration n'est prévue que dans un seul cas, donc par aucun texte du droit du travail, y compris les textes sur les nullités des actes juridiques.

→ **la CC est amenée à trancher : dans l'affaire Claveau du 28 avril 88, question : un licenciement portant atteinte à une liberté fondamentale est-il frappé de nullité ?** Alors même que cette nullité n'est prévue par aucun texte !

- or la liberté d'expression est une prérogative garantie par la constitution et les textes internationaux, mais pas expressément par un texte du CT !
- la chambre sociale ne se prononce pas directement, cependant, elle maintient une décision de la CA qui a tiré de la nullité du licenciement, la conséquence que l'employeur devait poursuivre l'exécution du contrat !
- Cette JP a été précisée : **arrêt du 13 mars 2001**, la CC admet la nullité de tout acte dont un licenciement, quand il porte atteinte à une liberté fondamentale : le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement. A CONTRARIO, le juge peut, même en l'absence de disposition, annuler un licenciement ayant porté atteinte à une liberté fondamentale !

→ **La question de la réintégration est résolue par l'arrêt du 30 avril 03 dans lequel, la chambre sociale considère que « quand un licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration de son emploi, ou à défaut dans un emploi équivalent ».** Ainsi la nullité est la seule sanction de nature à rétablir la légalité

bafouée par un acte hautement illicite. La sanction est le signe de l'importance de la prérogative à laquelle il a été porté atteinte par l'employeur.

→ Dispositions complexes, la dernière réforme date du 18 janvier 2005, relative à la loi de programmation pour la cohésion sociale.

→ **Ces dispositions du licenciement éco sont prévues aux articles L 321-1 et suivant du CT**, dans un titre consacré à l'emploi et non dans la section traitant de la résiliation du CDI.

- ces articles se combinent avec les règles de droit commun du licenciement pour organiser une consultation au sein de l'entreprise avec les représentants du personnel, et une certaine intervention de l'administration, et enfin, une recherche d'alternatives ou de compensation aux pertes de l'emploi.
- Le régime du licenciement éco a pour objet l'examen et la réalisation d'une opération de réduction des effectifs ou de substitution de personnel, qui tend à des licenciements, mais qui peut aussi se traduire par une combinaison de licenciement : départ en retraite, résiliation conventionnelle, voire le maintien des salariés dans l'entreprise...
- C'est un droit complexe dont la finalité tend à éviter les licenciements, ce qui est paradoxal !

→ La **construction du régime du licenciement éco remonte à une loi du 03.01.75** créant une indemnisation très favorable au salarié licencié pour motif éco, et instituant une autorisation administrative de licenciement en matière de licenciement éco.

- **Loi du 30.12.86** : supprime cette autorisation et enrichit les procédures de consultation du personnel, et surtout, transfère le contrôle des licenciements éco du JA vers les juridictions judiciaires.
- **Loi du 02.08.89** : introduit une définition pour licenciement économique à l'article L 321-1, et généralise les conventions de conversions + précise le contenu du plan social.
- **Loi du 27.01.93** : impose de nouvelles exigences en termes de contenu de plan social.
- **Loi 17.01.02** : loi de modernisation sociale, dont les dispositions ont été suspendues par la loi du 03.01.03 portant relance de la négociation collective (loi Fillon).
- **Loi du 18.01.05** : a abrogé les dispositions de la loi du 17.01.02 (abandon de la JP Framatom-Majorette).

SECTION 1 : La notion de licenciement pour motif économique.

§1 : Le champs d'application du régime.

→ Quelles sont les ruptures qui appellent à la qualification de licenciement pour motif éco ?

→ **la loi du 02.08.89 pose une définition du LME avec l'article L 321-1 al 1** : « constitue un LME, le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents au salarié, **résultant** d'une suppression d'emploi ou transformation d'emploi, ou d'une modification refusée par le salarié d'un élément essentiel du CT, **consécutif** notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ».

→ Cette définition comporte 2 éléments :

- L'un tient à la substance du motif.
- L'autre tient à son origine.

A. La substance du motif :

→ Ce motif doit être « non inhérent à la personne du salarié » : c'est une formule empruntée par la loi à la définition du licenciement collectif par la directive communautaire de 75.

→ Cette notion est capitale, elle contribue à identifier négativement le motif économique, elle exclut le motif disciplinaire, l'âge, l'incapacité physique ou professionnelle.

- conséquence : si l'employeur veut faire des substitutions de personnes, sans raison éco légalement admissible, ou si il invoque l'incapacité du salarié, le motif de licenciement n'est pas éco, pas personnel !
- sauf à considérer que l'incapacité du salarié résulte de l'introduction d'un changement technologique de l'entreprise, donc transformation de l'emploi du salarié.

B. L'origine du motif :

→ Le motif doit résulter soit d'une transformation d'emploi, soit d'une suppression d'emploi, ou soit d'une modification essentielle du CT, à condition que cela soit elle-même consécutive notamment de difficulté économique ou mutation technologique.

→ Le LME implique nécessairement une suppression d'emploi à laquelle la définition légale assimile la transformation d'emploi, et la modification d'un élément essentiel du CT.

→ Qu'est ce qu'une suppression d'emploi ?

- CC : **« il y'a suppression d'emploi quand la tâche du salarié licenciée est répartie entre les salariés demeurés dans l'entreprise » → Arrêt du 02 juin 93.**
- Les tâches subsistent, mais le poste est supprimé.
- **Arrêt Thompson Vidéocolor du 05 avril 95** : CC considère que le transfert d'emplois vers d'autres sites, surtout à l'étranger équivaut à une suppression d'emploi.
- est constitutive d'une suppression d'emploi, le fait de faire assumer un emploi occupé jusqu'à présent par un salarié, par un conjoint traité comme un collaborateur bénévole.

→ Qu'est ce qu'une transformation d'emploi ?

- vise l'emploi qui subit dans ses caractéristiques, des modifications, évolutions, qui en altèrent profondément la nature.
- Ce sont les modifications des caractéristiques de l'emploi et non du contrat ! Cf l'informatisation d'un poste de travail ou le passage d'un mode de fabrication artisanale à un mode de fabrication industrielle par exemple.

→ Qu'est ce qu'une modification d'un élément essentiel ?

- c'est l'hypothèse de réduction de la rémunération contractuelle, d'un changement du lieu de travail, réduction pour des raisons éco de la durée contractuelle du travail.
- La modification d'un élément essentiel ne suppose pas une transformation de l'emploi.

→ **L 321-1 se réfère au fond de la mesure**, encore faut-il que ces mesures soient liées à des causes éco, consécutives. Pour autant, ces raisons ne sont pas limitatives car la loi fait précéder ces raisons de l'adverbe « notamment ».

- **arrêt du 01 avril 92** : « à la condition d'être décidé dans l'intérêt de l'entreprise, une réorganisation de celle-ci peut constituer une cause éco de suppression ou de transformation d'emploi ou de modification substantielle du CT ».

- **arrêt TRW Repa du 05 avril 95** : **« la notion d'intérêt de l'entreprise a été abandonné au profit de la Sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité ».**

- la notion de réorganisation destinée à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise résulte de **l'interprétation extensive de la CC de L 321-1.**

- c'est l'usage par le législateur d' l'adverbe « notamment » qui a permis à CC de découvrir d'autres raisons économiques susceptibles de justifier la mise en cause de l'emploi.

- **un licenciement n'a de motif éco réel et sérieux, que si il résulte d'une transformation ou suppression d'emploi, ou d'une modification du CT, qui doit elle-même résulter de difficultés économiques, mutations technologiques ou d'une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.**

- **Conséquence : il y'a un double lien de causalité dont l'existence fait l'objet d'un contrôle judiciaire :**

1) un lien de causalité entre la mesure envisagée (suppression, transformation, modification) et le licenciement.

2) un lien de causalité entre la mesure envisagée et les raisons économiques invoquées par l'employeur.

- **c'est pourquoi CC a jugé que la lettre de notification de licenciement doit comporter non seulement, d'après l'arrêt du 11 juin 02 :**

1) l'énonciation des difficultés économiques, des mutations technologiques, et la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

2) l'énonciation des incidences de ces éléments sur l'emploi ou le contrat du salarié licencié.

- la lettre de notification de licenciement ne doit pas se contenter de faire état des raisons éco qui sont à l'origine du licenciement, elle doit préciser le rapport de causalité qui unit ces raisons éco à la suppression d'emploi, transformation d'emploi, ou modification CT. Elle doit spécifier en quoi les raisons économiques invoquées par l'employeur, implique la suppression d'emploi.

- **L 321-1 a pour seule vocation la délimitation des licenciements ou des opérations classées dans la catégorie « licenciement éco ».** Ce texte doit permettre de dire si une rupture constitue ou non un LME, mais ce texte ne permet pas de déterminer si le motif qualifié d'économique (c'est-à-dire entrant dans la catégorie LME) présente une CRS.

§2 : La justification du LME.

→ C'est la manière dont les juges, lorsqu'ils sont appelés à contrôler les licenciements éco, apprécient la cause éco invoquée par l'employeur pour justifier la mise en cause de l'emploi.

→ c'est examiner le contrôle judiciaire des licenciements éco : ce contrôle se décompose en un contrôle des raisons éco proprement dites, et en un contrôle de la mise en œuvre par l'employeur de son obligation individuel de reclassement.

A. L'appréciation des raisons économiques invoquées pour mettre en cause l'emploi :

→ Cette question renvoie à la distinction entre la qualification et la justification d'un motif de licenciement, qui a été mise en évidence à travers la terminologie de « cause qualificative » et de « cause justificative ».

→ La cause éco invoquée par l'employeur a-t-elle bien une CRS ? Cela relève du contrôle du juge. La cause peut avoir une raison éco sans pour autant avoir une CRS !

→ **CC dans un arrêt du 06 juillet 99 :** « les difficultés économiques doivent être distinguées des fluctuations normales du marché, de la réalisation d'un CA moindre, de la diminution des bénéfices, car cela ne suffit pas à établir la réalité des difficultés économiques alléguées par l'employeur ». Donc le CPH saisit d'une contestation du caractère réel et sérieux du motif économique devra vérifier l'existence, et la réalité des difficultés éco.

→ **Mais la question la plus délicate est sans doute l'appréciation par les juges des réorganisations effectuées en vue de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise :**

- **en effet dans un arrêt du 05 avril 95 Thompson Vidéocolor et TRW Repa, la CC :** « une réorganisation, quand elle n'est pas liée à une difficulté économique, ou à une mutation technologique, peut constituer une cause éco de licenciement, que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité » → c'est une raison éco distincte des difficultés économiques et mutations technologiques.
- **Problème :** quel sens donner à ces mots sauvegarde + compétitivité ? comment distinguer ce qui est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou indispensable, des simples considérations de rentabilité ? de même, si sauvegarder n'est pas améliorer,

comment apprécier et distinguer ce qui est nécessaire à la sauvegarde des difficultés classiques éco ?

- **Il y'a donc une ligne de séparation entre :**
 - Difficulté éco/ sauvegarde de compétitivité
 - Amélioration de compétitivité/ sauvegarde compétitivité

→ **les juges dans un arrêt du 15 janvier 2003** : la CC approuve une CA d'avoir jugé qu'il ne résultait pas de la situation de société que sa compétitivité fut menacée.

- en l'espèce, quels sont les constatations de la CA qui l'a conduit à décider que l'entreprise n'était pas dans une situation lui imposant de sauvegarder sa compétitivité ? la situation éco relativement florissante de l'entreprise ne lui permettait pas de soutenir qu'elle se trouvait face à l'exigence de sauvegarder sa compétitivité.
- Si la notion de sauvegarde de compétitivité de l'entreprise ne suppose pas de difficultés économiques au sens de L321-1, elle est tout de même incompatible avec une situation économique florissante. Selon Gérard Lioncamp, la sauvegarde de la compétitivité ne s'apparente pas à de la gestion ordinaire, elle évoque des perspectives + ou – proches de la survenance de difficultés éco.

→ **Dans un arrêt du 26 janvier 05** : la CC rejette le pourvoi d'un salarié licencié pour motif éco, selon lequel la compétitivité s'apprécie en tenant compte de la situation de l'entreprise sur un marché donné, par rapport à ses concurrents, et se distingue de la rentabilité qui est une simple augmentation de profit.

- l'appréciation de l'exigence de sauvegarde de compétitivité doit s'effectuer par comparaison de la situation d'entreprise sur le marché par rapport à ses concurrents et pas seulement au regard des bénéfices réalisés les années précédentes.
- La CC a estimé que la comparaison peut s'effectuer qu'en tenant compte que de la situation de l'entreprise par rapport aux bénéfices réalisés les années précédentes : la CA qui a constaté que les charges financières de l'employeur compromettraient durablement ses résultats, et que la suppression du poste de la salariée était impérative, pour assurer la sauvegarde de la compétitivité.
- Il y'a un glissement ici dans l'appréciation judiciaire des réorganisation destinées à la sauvegarde de la compétitivité. Si la CC maintenait cette position, on risquerait d'aboutir dans une situation où la sauvegarde ne se distingue pas clairement de l'amélioration de la compétitivité : la frontière serait alors très poreuse, on serait pas loin du licenciement d'économie !

→ **Arrêt SAT du 08 décembre de 2000** : ici l'avocat général dans ses conclusions, précise ce qu'il fallait entendre par simple sauvegarde de la compétitivité : ne répondent pas à cette notion, la poursuite d'un objet de rationalisation technique, de même, le simple souci d'économie financière ne répond pas à l'exigence de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

- **question de savoir l'étendue du contrôle judiciaire des réorganisations invoquées par l'employeur pour mettre en cause l'emploi ?** Plus précisément, l'office du juge doit-il aller jusqu'à au contrôle des choix économique faits par l'employeur pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ? c'est cette question que s'est posée l'AP dans l'arrêt SAT.
- **Faits** : une entreprise avait soumis à son CE un projet de LME de 318 salariés en vue de procéder à une réorganisation destinée à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. 318 salariés sont donc licenciés, mais problème : le CE a la possibilité de désigner un expert comptable qui doit l'aider à traiter l'information dont il dispose, à comprendre les tenants et les aboutissements du projet économique, et à formuler des contre propositions sur la teneur du contenu de l'emploi. Ici le comptable indique que l'entreprise aurait pu envisager 3 hypothèses qui permettraient la sauvegarde de la compétitivité :
 - Le maintien du site de production avec une réduction d'effectif de 86 licenciements.

- Le maintien du site avec spécialisation de certain produit, donc licenciement de 213 salariés.
 - Suppression pur et simple du site, donc de tous les emplois des salariés occupés sur le site, soit 318 licenciements.
- cette dernière solution a été choisie par l'entreprise, or, c'est la solution la plus radicale en terme de licenciements. La CA de Riom : « les licenciements économiques étaient dépourvus de CRS, car la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité était assuré dans les 3 hypothèses : l'entreprise, en choisissant la 3^e solution n'a pas intégré dans ses calculs comme elle en avait cependant l'obligation, le concept de préservation de l'emploi, et a donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité.
- **L'arrêt de la CA a été cassé par l'AP en se fondant sur L 122-14-3 et L 321-1** : « cependant, les licenciements ont une CRS lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise qui entraîne des suppression d'emplois, est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité. Constatant comme elle l'a fait, alors que d'une part, qu'elle reconnaissait que la condition était remplie dans les 3 hypothèses, et que, d'autre part, il ne lui appartenait pas de contrôler les choix effectués par l'employeur, entre les solutions possibles, la CA a violé les textes susvisés ». **ici la CC semble revenir à la théorie de l'employeur seul juge, illustré par l'arrêt Brinon du 31 mai 56**, qui affirmait en substance que l'employeur est le seul juge des circonstances qui le détermine à cesser ses activités, aucune obligation légale ne peut lui être imposée.
- **L'AP aurait pu concéder à la CA le soin de concilier des principes d'égale valeurs**, c'est-à-dire, d'un côté la liberté d'entreprendre qui a pour corollaire le droit pour l'employeur de déterminer ses choix de gestion, et de l'autre, le droit à l'emploi, qui font l'objet d'une reconnaissance explicite par le préambule de 46 et le conseil constitutionnel.
- **Cet arrêt fixe une hiérarchie, et fait prévaloir le pouvoir souverain de l'employeur de choisir la solution la plus dommageable pour l'emploi.**
- **L'AP tire-t-elle pleinement les conséquences des exigences qui découlent de cette formule « réorganisation nécessaire à la sauvegarde » ?** interdire au juge de contrôler le choix de l'employeur entre plusieurs hypothèses de réorganisation, qui toutes garantissaient la sauvegarde de la compétitivité, n'aboutit-il pas à ruiner le concept même de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, notion gorgée par la chambre sociale en vue de s'opposer au LME destiné simplement à augmenter la rentabilité de l'entreprise ?
- De plus la CA de Riom avait pris soin de relever que 2 des 3 hypothèses, permettait d'améliorer la compétitivité pour les années suivantes, l'employeur s'étant finalement déterminé par rapport à la solution la plus ambitieuse. L'employeur ne s'est pas contenté de rechercher la sauvegarde de compétitivité de l'entreprise, sauvegarde qui implique qu'il s'en tienne à des solutions qui n'excèdent pas la mesure de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.
- **A partir du moment où la réorganisation est nécessaire pour la sauvegarde, cela implique un contrôle judiciaire de ses choix économiques en tant qu'ils sont sources de mise en case des emplois**, l'employeur privilégie ce qui est strictement nécessaire pour parvenir à la sauvegarde de la compétitivité.
- L'AP : les licenciements éco ont une CRS dès lors qu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise est nécessaire à la sauvegarde. L'AP vise la notion de sauvegarde de compétitivité donc son contenu puisqu'elle interdit au juge de procéder à un contrôle de justification et de proportionnalité du choix de l'employeur.

- Arrêt qui a créé le trouble, car cette notion implique que l'employeur fasse un choix nécessaire à la sauvegarde et interdise au juge de contrôler le choix fait par l'employeur parmi les solutions possibles pour rétablir la compétitivité de l'entreprise.
- **Le juge effectue un contrôle sur la CRS et vérifie si cette cause est de nature à justifier la mise en cause des emplois**, donc CPH vérifie la pertinence des raisons éco invoquées par l'employeur pour justifier les suppressions, transformations et modifications CT.
- **La chambre sociale a sérieusement renforcé l'exigence de justification des décisions de l'employeur**, pour autant, le juge n'est pas habilité à apprécier autrement que ne l'a fait la direction de l'entreprise, l'opportunité d'un choix d'investissement par ex... par contre, il appartient au juge de vérifier que la décision économique de mise en cause de l'emploi, réponde à certaines exigences qui conditionnent le caractère réel et sérieux de la cause économique et des licenciements qui s'en suivront.
- L'arrêt SAT ne s'accorde pas avec la JP développée par la chambre sociale en matière de sauvegarde de compétitivité car SAT resserre l'office du juge sur la seule vérification de la nécessité de sauvegarder la compétitivité.

B. L'incidence de l'obligation de reclassement sur le caractère réel et sérieux du licenciement :

→ Une réorganisation peut être parfaitement légitime, des difficultés économique ou mutation technologique avérées, et les licenciements ultérieurs peuvent être dépourvus de CRS.

→ Le droit du licenciement éco, dans la JP de la chambre sociale, recouvre un contrôle du pouvoir d'organisation auquel la JP ajoute un contrôle de l'exécution par l'employeur de certaines obligations. **Il y'a donc deux étapes du contrôle :**

- un contrôle portant sur la justification des raisons éco invoquées par l'employeur, c'est un contrôle de la pertinence.
- Un contrôle des licenciements au regard d'obligations pesant sur l'employeur, c'est un devoir d'adaptation et une obligation de reclassement.

→ Le respect de l'employeur de ces obligations conditionne le CRS des licenciements éco, sinon, ils sont dépourvus de CRS.

→ L'obligation de reclassement doit être analysée avec la notion de licenciement éco, dans le cadre de la justification : les obligations de reclassement sont différentes de la définition légale du licenciement éco ! L 321-1 al 1 a pour seule vocation la délimitation des opérations soumises au régime du LME !

→ L'obligation de reclassement conditionne le CRS du licenciement, au même titre que la réalité d'une suppression d'emploi, ou transformation d'emploi, ou modification, consécutive d'une réorganisation du CT. **La JP en 92 a assujéti l'employeur envisageant un licenciement éco, à 2 séries d'obligations :**

- **un devoir d'adaptation : résulte d'un arrêt EXPOVIT du 25 février 92** où la CC : « l'employeur tenu d'exécuter de BF le CT a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi ». C'est-à-dire qu'en présence d'une transformation prévisible de l'organisation du travail, et donc des emplois, l'employeur a le devoir de faire acquérir au salarié la compétence pour occuper le nouvel emploi, en dépit des transformations de cet emploi.
- la chambre sociale tire ce fondement juridique de ce devoir d'adaptation de l'obligation d'exécuter de BF le CT, la source de ce devoir d'adaptation n'est autre que le CT lui-même, ce devoir pèse sur l'employeur tout au long de l'exécution du CT.

- **un devoir de reclassement → Arrêts du 1^{er} et 8 avril 92** : arrêts dans lesquels, la CC : « dans le cadre de son obligation de reclassement, l'employeur doit en cas de suppression d'emploi, ou modification d'emploi, proposer au salarié concerné des emplois disponibles de même catégorie, ou de catégorie inférieure, fussent par voie de modification substantielle des CT... ». Donc le licenciement d'un salarié ne peut intervenir que si le reclassement du salarié n'est pas possible : « le licenciement doit être

l'ultime remède, il intervient que si tous les efforts d'adaptation et de reclassement ont échoué » (G. Couturier).

→ le non respect de cette obligation par l'employeur prive le licenciement de CRS. La CC : « le licenciement d'un salarié, sans que l'employeur ait satisfait cette obligation de reclassement, n'avait pas de cause éco (en réalité n'avait pas de CRS) ». Aujourd'hui, la CC est plus rigoureuse : un licenciement prononcé sans que l'employeur ait accompli au préalable l'obligation, est dépourvu de CRS !!

→ **la coordination reclassement/adaptation a été opérée rapidement par la chambre sociale dans un arrêt du 06 juillet 99** : la CC rappelle que « le licenciement éco d'un salarié ne peut intervenir que si le reclassement de l'intéressé n'est possible : dans le cadre de cette obligation de reclassement, il appartient à l'employeur de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement et proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé, les emplois disponibles de même catégorie, en assurant au besoin, l'adaptation de ces salariés à une évolution de leur emploi ». L'adaptation est un des moyens pour parvenir au reclassement du salarié !!

L'objet de l'obligation de reclassement :

- **cette obligation de reclassement est consacrée par la loi du 17.01.01 à l'article L321-1 al 3** : cette disposition fait partie de celle qui n'ont fait ni l'objet d'une suspension par la loi du 03.01.03, ni d'une abrogation par la loi du 18.01.05.
- le conseil constitutionnel dans une décision du 13.01.05 a estimé que le droit au reclassement des salariés licenciés découlait directement du droit de chacun d'obtenir un emploi.
- L'objet du reclassement : la recherche d'un reclassement doit porter sur un emploi relevant de la même catégorie, ce n'est que subsidiairement que l'employeur doit proposer des emplois équivalents ou de catégories inférieures.
- La recherche de l'employeur doit être active, les propositions de reclassement doivent être formulées par écrit. L'obligation de reclassement doit être coordonnée avec le devoir d'adaptation des salariés, même si l'adaptation et le reclassement ne sauraient être confondus ! il appartient à l'employeur de faire acquiescer au salarié la compétence (connaissance nécessaire) pour occuper le nouvel emploi, faisant l'objet de la proposition de reclassement.
- **Quelle est l'étendue de ce devoir d'adaptation ? dans un arrêt du 21 juin 00**, une salariée engagée en qualité de comptable, est licenciée pour motif éco, elle fait grief à la CA de l'avoir débouté de sa demande en dommages et intérêts pour licenciement sans CRS, car selon elle, l'employeur n'avait pas respecté l'obligation d'adaptation. A l'époque de son licenciement, il existait un poste disponible, dans le cadre de l'obligation de reclassement, l'employeur, tenu d'exécuter de BF le CT et d'assurer l'adaptation des salariés, se doit de proposer dans la mesure du possible, un emploi correspondant aux capacités de salariés, même au prix d'une formation. Idée du pourvoi : l'obligation de reclassement doit permettre de proposer des emplois de catégorie supérieure, le devoir d'adaptation doit manifester dans cette hypothèse toute sa fécondité ! Ici, la CC est ok avec la CA, même moyennant une adaptation, la salariée n'avait pas les compétences requises pour occuper l'emploi disponible !
- **Dans un arrêt du 03 avril 01** : la CC : « si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut. Les seuls postes disponibles sont ceux que les salariés étaient incapables d'occuper même moyennant adaptation, la CA a pu décider que l'employeur avait satisfait l'obligation de

reclassement. Ce devoir d'adaptation est limité à la formation simple, et de courte durée compatible avec les compétences du salarié.

L'espace de reclassement :

- **Dans les arrêts Thompson Vidéocolor et TWR Repa du 05 avril 95, la CC :** « quand l'entreprise appartient à un groupe, la recherche de reclassement doit s'effectuer parmi les entreprises du groupe dont les activités, l'organisation, et le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation du personne », donc quand l'entreprise appartient à un groupe, la direction de l'entreprise ne doit pas se contenter de rechercher si il y'a des postes disponibles dans la société uniquement, elle doit étendre sa recherche dans les entreprises du groupe.
- **Dans un arrêt du 07 octobre 98, la CC :** « le cadre de reclassement s'étend aux entreprises du groupe situées à l'étranger ».
- De plus, il appartient à l'employeur, même lorsqu'un PSE est établi, de rechercher une possibilité de reclassement au sein du groupe.
- L'obligation de reclassement est un élément de la cause éco réelle et sérieuse, au côté de la cause justificative : quelque soit la nature de la cause éco invoquée par l'employeur, quelque soit la conséquence sur l'emploi du salarié de cette cause éco, l'obligation de recherche préalable de reclassement s'impose.

Conclusions de la section 1 :

→ À travers l'exigence judiciaire de justification de sa décision de réorganisation par l'employeur, et à travers le contrôle de l'exécution par l'employeur de l'obligation de reclassement, c'est un modèle de la CRS du licenciement éco que les magistrats de la chambre sociale ont progressivement dégagé : la chambre sociale est parvenue à un équilibre en intégrant un certain nombre d'exigence :

- tout d'abord, une exigence de prévision d'emploi à travers le devoir d'adaptation, qui existe en amont du licenciement : ce devoir fait corps avec le CT pendant toute la durée d'exécution avec celui-ci.
- une exigence de justification des raisons économiques invoquées par l'employeur : il est astreint à une exigence de justification rationnelle de ses choix, dans la mesure où ses choix ont une répercussion sur les emplois de son entreprise, donc l'obligation de reclassement est à reliée au devoir d'adaptation et à l'exigence de justification éco. → Ce contrôle des justifications porte sur la pertinence des raisons éco, et sur le lien de causalité entre ces raisons éco et la suppression d'emplois : s'il existe un lien de causalité, l'obligation de reclassement relève du registre de la justification de sa décision par l'employeur. Le non respect de cette obligation est un signe de la non pertinence et de l'absence de réalité de la suppression ou de la transformation d'emploi : l'employeur avait donc d'autre solution que de licencier !

<u>SECTION 2 : Les Procédures du traitement du projet de licenciement.</u>

→ Repose sur l'intervention du CE ou DP : il s'agit de débattre du bien fondé de l'opération et de rechercher les alternatives au licenciement.

→ La décision appartient à l'employeur, on parlera plus de concertation et de procédure d'information et de consultation pour montrer que cette procédure doit permettre le dialogue, voire une entente. Mais cette consultation ne conditionne pas la décision de l'employeur : cette consultation n'est pas un accord collectif, ou une négociation collective !

→ Afin d'assurer cette consultation, la loi précise le déroulement de la consultation, l'objet et les informations que l'employeur est tenu de fournir aux représentants du personnel, ainsi que les sanctions de l'employeur en cas d'irrégularité dans la procédure de licenciement éco.

→ le rôle des représentants du personnel s'est accru, même si l'administration du travail, le directeur départemental du travail conserve un certain rôle (tous les licenciements éco doivent lui être informés).

→ Seuls les licenciements collectifs donnent lieu à cette procédure d'information et de consultation (livre 3 CT), le licenciement éco individuel est seulement précédé par l'entretien préalable de droit commun.

→ La procédure varie pourtant selon le volume de l'opération, c'est-à-dire le nombre de salariés dont le licenciement est envisagé :

- le licenciement éco n'est collectif, que si il concerne plusieurs salariés pour la même cause économique, et, afin d'éviter les manœuvres destinées à se soustraire aux procédures collectives, le nombre de salariés est apprécié sur une période de 30 jours.
- On parle de « grand licenciement collectif » en présence d'un projet de licenciement d'au moins 10 salariés sur une période de 30 jours.
- On parle de « petit licenciement collectif » quand le licenciement envisagé est inférieur à 10 salariés sur 30 jours.
- Il n'existe de procédure de traitement spécifique que pour les projets de grand et de petit licenciement collectif (et pas pour les licenciement individuel !).

§1 : Le grand licenciement collectif.

→ Doit être soumis aux représentants du personnel et notifié à l'administration du travail.

→ Par contre, l'institution consultée n'est pas la même selon les effectifs de l'entreprise, et selon l'absence ou l'existence d'un CE.

- Les informations données aux représentants du personnel sont identiques quelque soit l'institution consultée.
- La procédure est plus complexe concernant le livre 3 car elle doit être coordonnée avec la procédure d'information et de consultation du livre 4.

A. L'institution consultée : CE ou DP :

→ CE si l'entreprise a plus de 50 salariés.

→ DP si l'entreprise a moins de 50 salariés ou dépourvue de CE.

→ Si pas d'institution élue du personnel, pas de consultation possible !

→ Attention : le délégué syndical se distingue de l'interlocuteur de l'employeur lors des procédures des licenciements collectifs (qui sont CE/DP !).

B. Les informations communiquées :

→ **L 321-4** impose à l'employeur d'adresser aux membres du CE ou DP, avec la convocation aux réunions, tout renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif, et de leur indiquer en tous cas, les raisons économiques, financières et techniques du projet, le nombre de travailleurs dont le licenciement est envisagé (au moins 10 salariés sur une période de 30 jours), les critères proposés pour l'ordre des licenciements, les mesures ou le PSE qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement (externe) du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité !

→ **Parmi ces informations dont l'employeur est débiteur à l'égard du CE ou DP, il faut distinguer :**

- l'information sur la décision éco, à l'origine de la mise en cause de l'emploi (raisons éco techniques, financières du licenciement...)

- l'information sur les modalités de mises en œuvre du projet de licenciement : lors de la procédure livre 3, les licenciements ne sont qu'envisagés (c'est-à-dire à l'étape de projet) ; dans la mesure où la procédure livre 3 a pour finalité d'éviter des licenciements, ou d'en limiter le nombre à travers une information de consultation qui doit révéler tout son intérêt (en amont de la décision de licenciement : information sur le PSE, les mesures sociales d'accompagnement que l'employeur envisage de prendre = informations permettant aux représentants de rendre un avis utile et éclairé !).

→ **Selon la JP, l'employeur ne doit pas se contenter de renseigner les représentants du personnel.** La loi et les juges attendent que l'employeur délivre une argumentation circonstanciée et détaillée sur les raisons éco à l'origine du projet de licenciement (mais concerne aussi les mesures de l'employeur pour éviter/limiter ces licenciements, et faciliter le reclassement du personnel).

→ **Dans un arrêt de la CA Versailles du 10 octobre 97** : à travers l'obligation d'information, il s'agit d'obliger l'employeur lorsqu'il envisage de licencier, à suivre une procédure l'obligeant à formuler les motifs et les moyens par lesquels il entend limiter les effets sociaux.

→ **Le PSE doit être obligatoirement élaboré** : il doit être présenté en même temps que les autres informations, c'est-à-dire le projet de mise en cause des emplois. → Depuis les lois Auroux, le CE dispose de moyens lui permettant de traiter les informations éco à laquelle il peut prétendre. Ces moyens sont principalement **le recours à l'expert comptable** envisagé lors du déclenchement par l'employeur, lors des procédures des grands licenciements collectifs. Les DP en bénéficient aussi, en l'absence de CE, si bien entendu, il s'agit de grand licenciement collectif.

- le livre 4 sur les attributions du CE autorise le recours de l'expert comptable, sur tout les éléments d'ordre financier, social, et éco nécessaire à l'intelligence des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise.
- **Les pouvoirs d'investigations de l'expert sont largement conçus** : la mission n'est pas purement comptable, c'est-à-dire qu'elle s'étend à l'appréciation de la situation éco et financière de l'entreprise.
- **Le rôle de l'expert est pédagogique** : sa mission consiste à expliquer aux représentants du personnel, le sens de l'information reçue par l'employeur, et ses implication éco et sociales, donc c'est un enjeu considérable ! **il intervient sur 2 registres** :
 - Sur le registre des causes éco du projet
 - Sur le registre du PSE
- souvent, les membres du CE forment auprès de l'expert des demandes tendant à l'amélioration du contenu du PSE afin d'augmenter un budget formation par ex.
- les 2 registres de l'expert sont liés même si des études ont pu souligner que les inflexions portant sur les enjeux stratégiques de l'entreprise sont peu fréquentés, en revanche, les directions sont plus disposées à revoir à la hausse les modalités de mise en œuvre du projet, c'est-à-dire le PSE.
- **Conclusions** : le rapport de l'expert permet de nourrir la controverse, et donc la concertation, c'est-à-dire donner un sens à cette procédure de consultation et cela conduit parfois à une certaine reconfiguration du PSE par rapport à la version initiale proposée par l'employeur.

C. **Le déroulement de la procédure de licenciement économique :**

→ **Le législateur a considéré que la tenue de deux réunions séparées par un certain délai est indispensable à un examen sérieux du projet.** De plus, afin d'éviter que la procédure ne se prolonge trop, le législateur, veut limiter le délai selon la taille de l'entreprise, et l'importance des licenciements projetés.

→ **Ce délai varie entre 12 et 28 jours pour les grands licenciements collectifs**, mais, quand le CE a désigné un expert, ce dernier doit être désigné lors de la 1^e réunion (pour qu'une procédure de consultation prenne tout son sens, il faut que l'expert ait connaissance du projet avant les 2 réunions).
→ Les 2 réunions de consultations à proprement parler ont pour objectif, l'information et la désignation de l'expert lors de la 1^e réunion : d'après L 321-4, l'information doit leur être délivrée en même temps que la convocation de la 1^e réunion.

D. L'articulation des procédures d'information, les livres 3 et 4 du CT :

→ **La procédure du livre 3 dispose de toute une gamme de mesures qui vont résulter du licenciement éco :**

- la procédure doit être coordonnée avec la procédure de consultation du livre 4 (articles **L 432-1** et suivant, qui définissent les compétences générales du CE, or cet article **L 432-1** comporte 2 alinéas qui laissent penser que le CE doit être consulté au titre du livre 4, et pas seulement du livre 3 !)

→ **Question : l'employeur doit respecter les 2 procédures (licenciement éco livre 3 et procédure générale livre 4), ou si seule la procédure du livre 3 doit être respectée ?** (Livre 3 = consultation spéciale, livre 4 = compétence générale)

- **Dans un arrêt SIETAM du 16 avril 96**, la CC considère que les 2 procédures doivent être respectées car elles ont des objets distincts ! l'employeur doit procéder à 2 consultations distinctes !
- La procédure livre 3 sur le licenciement éco n'exclut pas la procédure d'information et de consultation de droit commun prévu à l'article L 432-1 !
- Dans une décision postérieure à l'arrêt Sietam, s'est posé la question de savoir si les 2 procédures doivent être conduites de façon concomitantes ou si la procédure du livre 3 doit s'ouvrir postérieurement à l'achèvement de la procédure livre 4 ? Succession ou concomitance ? Selon la CC, il n'est pas nécessaire que la procédure livre 4 soit achevée pour que l'employeur puisse déclencher la procédure livre 3 : les deux procédures peuvent être conduites de front !
- **La loi du 17.01.02 avait écarté la concomitance et décidé que la procédure livre 4 devait être achevée avant que l'employeur n'ouvre procédure livre 3** : cette disposition est suspendue par la loi du 03.01.03 et abrogée par la loi du 18.01.05. **Article L 321-3 de cette loi consacre la concomitance comme modalité d'application du principe de la double consultation !** (sans pour autant condamner la possibilité d'une succession dans le temps des 2 procédures !).
- **Enjeux de cette double consultation ?**
 - Procédure licenciement éco est enfermée dans un délai strict
 - Procédure de droit commun de consultation ne l'est pas dans un délai aussi rigide !
 - Pour comprendre le déroulement de la procédure générale, il faut se référer à L 431-5 « la décision du chef d'entreprise doit être précédé par la consultation du CE qui doit disposer d'un délai d'examen suffisant ». Cette formule tranche avec le délai strict de la procédure livre 3. Or CC : les 2 procédures peuvent être conduites concomitamment sous réserve du respect des délais les plus favorables ! il y'a une certaine extensibilité du domaine des délais !
 - L'enjeu est donc de desserrer l'étau des délais rigides fixés par le livre 3 !

E. Le domaine de la procédure du livre 3 : modification collective des CT et déclenchement de la procédure du livre 3 :

→ **L 321-1 : un licenciement éco peut résulter du refus de modification du CT, reposant sur des considérations éco !**

→ Il se peut que l'employeur n'envisage pas un projet de suppression d'emplois, mais à des modifications des CT (durée du travail, réduction de la rémunération...) : cette question des modifications des CT et le déclenchement de la procédure livre 3 est à l'origine de la JP Framatome/Majorette.

→ Question : quand l'employeur entend procéder par voie de modification du CT pour des raisons éco, d'au moins 10 salariés, est-il tenu de déclencher la procédure livre 3 au moment où il propose à ses 10 salariés au moins la modification de leur CT, OU est-il tenu de déclencher cette procédure livre 3 que lorsqu'au moins 10 salariés ont refusé cette proposition de modification de leur CT ?

→ **Réponse avec deux arrêts rendu le 03 décembre 96 Framatome et Majorette :**

- d'après la chambre sociale, l'employeur est tenu d'établir un plan social dès lors qu'il est conduit à proposer la modification de leur CT à 10 salariés au moins. Par conséquent : il a envisagé le licenciement de ses salariés ou à tout le moins, la rupture de leur CT pour motif éco.
- En vertu de cette JP, le déclenchement de la procédure d'information/consultation du livre 3 s'imposait non pas au stade du refus des salariés, MAIS antérieurement à la notification de la proposition de modification de leur CT aux salariés. Cette JP a donné lieu à de nombreuses controverses doctrinales et à des obsessions de la part du Medef.

→ **Cette JP a fini par être abandonnée par la loi du 18.01.05, mais il y avait des enjeux s'attachant au déclenchement anticipé de la procédure livre 3, que n'offrait pas la procédure livre 4 :**

- permet lors de la procédure du licenciement éco, la désignation d'un expert comptable.
- La teneur/qualité de l'information due par l'employeur aux représentants du personnel.
- Livre 3 oblige l'employeur à élaborer un PSE au moment où il notifie au salarié la proposition de modification du CT. L'intérêt du salarié se voyant proposer une modification du CT est de prendre leur décision en toute connaissance de cause ! si un PSE est élaboré avant la notification aux salariés, les salariés vont savoir le contenu du plan social (si primes etc. dans l'hypothèse d'une modification du CT)
- Des enjeux s'attachent donc au déclenchement de la procédure livre 3 ! donc si on reporte le déclenchement de la procédure livre 3, il y aurait donc élaboration du plan social au lendemain du refus des salariés, donc dans ce cas, les salariés ignorent les mesures d'accompagnement des modifications, des licenciements, ou d'éventuels reclassements internes !

→ **La loi du 18.01.05 est en fait une réécriture de L 321-1-3, qui a mis à néant cette JP**

Framatome/Majorette :

- lorsqu'au moins 10 salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur CT proposé par leur employeur, pour l'un des motifs énumérés à L 321-1-3, et que le licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectifs pour motifs éco. Donc l'employeur peut opter pour la modification des CT, c'est-à-dire qu'un employeur peut proposer à 10 ou + de ses salariés une proposition de modification de leur CT, sans être tenu d'engager la procédure livre 3. C'est le refus d'au moins 10 salariés qui déclenche la procédure d'information/consultation du livre 3 !!
- sachant que lorsque l'employeur envisage une modification du CT d'un salarié pour motif éco, il doit en faire la proposition au salariés par lettre recommandée, cette lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus.

§2 : Les petits licenciements collectifs.

→ C'est une procédure plus légère.

→ L'institution à consulter = comme celles du grand licenciement collectif, **mais L 321-2 al 1** dispose que « quand le nombre de licenciement pour motif éco est inférieur à 10 salariés, on renvoie aux dispositions générales relatives aux attributions du CE/DP sans régler le déroulement de la consultation ».

→ En revanche, l'information sur tout projet de licenciement énuméré à L 321-4 doivent accompagner la convocation : l'employeur est débiteur de la même information que celle en cas de grand licenciement collectif.

§3 : Les aménagements de la procédure de droit commun.

→ Le licenciement éco individuel est seulement précédé de l'entretien préalable (il n'est exclu que pour les grands licenciements collectifs lorsqu'il existe un CE ou DP à défaut).

→ Un licenciement éco, tout comme un licenciement personnel doit être notifié à chaque salarié individuellement + préciser le double lien de causalité.

§4 : Les sanctions de l'irrégularité de la procédure de licenciement (grand licenciement collectif).

→ Quand c'est la procédure de droit commun qui s'applique (licenciement individuel, petit licenciement collectif, grand licenciement collectif sans représentants du personnel), les sanctions encourues n'ont pas de spécificités par rapport au licenciement pour motif personnel (voir licenciement irréguliers).

→ Mais quand il s'agit d'irrégularités affectant la procédure livre 3 voire 4 (licenciement d'au moins 10 salariés sur 30 jours), les sanctions ont une certaine spécificité :

- **dans un arrêt du 17 juin 97**, la CC pose une précision sur la sanction des irrégularités procédurales dans l'hypothèse d'un grand licenciement collectif (irrégularité procédurale de consultation) :
- **L 321 -4 -1 prévoit la nullité de la procédure de licenciement tant qu'un plan visant au reclassement des salariés, et s'intégrant au PSE n'a pas été présenté par l'employeur aux représentant du personnel.**
- **Question** : faut-il décider en considération de ce texte, que les autres irrégularités de procédures soient sanctionnées par la nullité ? faut il étendre le champs d'application de L 321-4-1 ?
- **CC** : même les irrégularités commises dans la procédure livre 4 doivent entraîner la nullité de la procédure de consultation sur le projet de licenciement collectif. La procédure livre 3 est nulle et doit être recommencée du fait que la procédure livre 4 n'a pas été conduite régulièrement. Par la suite, CC a décidé que le juge devait être saisi de l'irrégularité de la procédure livre 4 AVANT la notification des licenciements, pour qu'il puisse prononcer la nullité de la procédure livre 3.
- **Intérêt de cette JP** : inviter les employeurs à respecter les procédures d'information et de consultations sous peine de nullité de la procédure. Idée : cette procédure livre 3+4 vise à associer les salariés, du moins, leur représentant, au processus de décision, même si la décision de renvoyer revient à l'employeur et même si le plan social est un acte unilatéral. **Ces actes ne sont valides qu'à l'issue du déroulement d'une procédure régulière d'information et de consultation !**
- **Finalité de la procédure** : redéploiement de la direction de son projet d'un maintien d'un certain nombre d'emplois.

→ **Loi du 18.01.05** : sur le régime du licenciement économique, le législateur et la JP sont restés sourd à cette revendication patronale : cette loi est placée sous les mots de « sécurité », « clarté », et plus

précisément « la sécurisation et la clarification ». Pour parvenir à ses fins, le législateur a considérablement réduit les délais pour agir en contestation des procédures de licenciements. Idée : désormais, les salariés et leurs représentants disposent d'un délai préfixé pour contester les irrégularités affectant la procédure (livre 3+4).

→ **Le législateur a inséré un article L 321-16** : « toute action en référé sur la régularité d'une procédure de consultation, doit à peine de recevabilité, être introduite dans un délai de 15 jours suivant chacune des réunions des CE ».

- pouvoir du juge des CE : ordonner à l'employeur de reprendre la procédure.
- Toute contestation portant sur la régularité ou validité du licenciement se prescrit par 12 mois à compter de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité/validité de son licenciement, à compter de la notification de celui-ci.

SECTION 3 : Du plan social au PSE

→ Il faut **distinguer le PSE**, qui doit être obligatoirement être élaboré dans l'hypothèse d'un grand licenciement collectif et si l'effectif de l'entreprise est supérieur ou égal à 10 salariés, **des autres mesures** telles que les conventions de reclassement personnalisé, les congés de reclassement ... (qui doivent être proposés à tous les salariés quelque soit l'effectif de l'entreprise).

→ **Il faut distinguer le PSE et l'obligation de reclassement** : l'employeur est tenu de respecter cette obligation de recherche préalable de redressement pour toutes les catégories de licenciement (individuel, petit collectif, grand collectif). Quand l'employeur établit un plan social, l'élaboration d'un PSE ne le dispense pas de proposer au salarié, un reclassement.

→ **Le plan social a une origine conventionnelle (partenaires sociaux en 74) mais sur le plan légal, il a été instauré par la loi du 30.12.86 qui supprime l'autorisation administrative de licenciement qui a 2 conséquences :**

- transfert du contentieux des licenciements juridiques de la juridiction administrative vers la juridiction judiciaire.
- Renforcement du rôle des représentants du personnel, lors de l'élaboration du PSE qui tend à éviter les licenciements.

→ **Les lois du 02.08.89 et 27.01.93 ont renforcé son contenu**, mais c'est surtout la JP qui a conféré au plan social, toute sa portée et qui en fait une pièce maîtresse de la procédure.

→ La loi du 17.01.02 a entériné cela mais la loi du 18.01.05 ne l'a pas abrogée.

→ **Le plan social est obligatoire, et élaborée de manière unilatérale quand bien même l'entreprise, n'a pas d'institution représentative du personnel.**

§1 : Le champs d'application du plan social.

→ **L'employeur doit, en cas de grand licenciement collectif et si le nombre de salariés est supérieur à 50, établir un PSE :**

- depuis la loi du 02.08.89, le PSE est obligatoire dans les entreprises de + 50 salariés, même si pas de représentants du personnel.
- Si pas de représentant du personnel, le plan social n'a pas de concertation, il sera simplement affiché sur les lieux du travail.

→ **Le PSE vise tous les salariés concernés par une opération ou une procédure de licenciement** : dans Framatome/Majorette, la CC : « les dispositions du plan social sont applicables à toute rupture du CT résultant d'une cause éco », donc une restructuration, conduisant à proposer à au moins 10 salariés la modification de leur CT, devait nécessairement passer par l'élaboration d'un plan social. (Une telle

restructuration, quand bien même ne se traduit elle pas par des suppression d'emploi mais par des modification de CT, conduit nécessairement l'employeur à envisager le licenciement dans l'hypothèse du refus par les salariés de leur modification de leur CT, d'où l'élaboration d'un PSE).

→ **Cette JP a été réaffirmée à plusieurs reprises : un arrêt de mars 2005 à propos de faits produits sous la loi antérieure** → jusqu'au bout la chambre sociale aura manifesté son attachement très fort à cette JP !

→ Aujourd'hui, il y'a un décalage entre **la définition du licenciement éco L 321-1** (associant la modification du CT aux suppressions/transformations d'emploi) et **les modifications du CT**, et **la distinction entre les transformations, suppression d'emplois et les modifications du CT** (touche à la sphère contractuelle).

- le législateur réduit l'emploi à un contenu d'activité, à l'exécution du poste de travail. Mais cette vision ne colle pas car il y'a des éléments fondamentaux déterminants de l'emploi.

Question : cette distinction « emploi au sens du contenu de l'activité » et le « CT- modalité d'exercice de cette activité » a-t-elle un caractère superficielle ?

- l'élaboration du PSE ne s'impose plus en cas de refus du salarié. Il incombe à l'employeur qui doit le soumettre aux représentants du personnel pour avis. L'employeur doit à l'issue de la procédure d'information/consultation aux représentants du personnel, arrêter le PSE définitif.

§2 : Le contenu du plan social.

→ **L 321-4-1** : « le PSE a pour objet d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre et faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment les salariés âgés ou qui présentent des caractéristiques spéciales ou des qualification rendant leur insertion professionnelle particulièrement difficile ».

→ **Le PSE a pour finalité d'éviter les licenciements! Subsidiairement, limiter le nombre de licenciement, ce n'est qu'à défaut d'avoir pu éviter les licenciements ou d'en diminuer le nombre, que le PSE doit atténuer les conséquences de celui-ci.**

→ La conception du PSE par la loi et la JP, tente à voir dans le PSE, moins un ensemble de contre partie financière, qu'un ensemble de mesures alternatives au licenciement, et le cas échéant, des mesures de reclassements orientés vers un double objectif :

- limiter les licenciements.
- Ou à tout le moins, limiter les conséquences de ce qui ne pourrait être éviter.

→ **Jusqu'à la loi du 27.01.93, les dispositions légales n'ont pas d'exigence précise relative au contenu du plan social.** La loi du 17.07.02 a entériné la JP et a précisé les mesures que peut et doit avoir un PSE : c'est à partir de ce moment que le plan social est devenu le plan de sauvegarde de l'emploi !

→ **L 321-4-1 dispose toute une série de mesures que doit contenir un plan de reclassement intégré dans le plan social** : le PSE évoque, parmi les mesures qu'il doit prévoir, des mesures qui ne sont pas destinées à atténuer les conséquences des licenciements envisagés, mais sont plutôt des mesures d'organisation et de gestion (par ex, des mesures de réduction et d'aménagement du temps de travail, qui ne tend pas vers une atténuation des conséquences du licenciement, mais qui tend à éviter les suppressions d'emplois !).

→ **Au sein des mesures de L 321-4-1 :**

- il y'a des mesures qui tendent à éviter les licenciements et les suppressions d'emplois.
- Des mesures qui tendent à éviter les licenciements au sens strict, même s'il y'a suppression d'emploi (mise à la retraite, départ volontaire, préretraite...).
- Des mesures qui tendent à faciliter le reclassement après suppression d'emplois, accompagnés de licenciements, il s'agit alors de reclassements externes.

→ **Le niveau d'exigence du plan social** : sur quelles bases apprécier l'équilibre du plan social ?

- L'interprétation de la chambre sociale + L 321-4-1 → vers le plus haut niveau d'exigence possible !
- L'appréciation de la pertinence d'un PSE doit s'effectuer à la lumière des moyens dont dispose l'entreprise, le plan doit être proportionné aux moyens !
- **Cette règle de la proportionnalité du PSE aux moyens** est consacrée par la loi du 17.01.02.
- **La JP a imposé une exigence de réalité et consistance** : le PSE doit expliciter les voies et les moyens qui sont mobilisés pour sa mise en œuvre. L'employeur ne peut pas s'en tenir à une énumération purement formelle des mesures !
- **A cette exigence, s'ajoute une exigence de précision apportée par l'arrêt EVERIT du 17 mai 95** : qui écarte une interprétation de la loi qui laisserait une trop grande marge de manœuvre à l'employeur. La CC a d'abord manifesté son souci d'exercer un contrôle sur le contenu du PSE (elle vérifie elle-même si les mesures prévues au plan social sont de nature à permettre de parvenir aux objectifs fixés par la loi ; de plus, les juges du fond ne peuvent pas apprécier souverainement la validité du PSE car leur décision est soumise au contrôle de la CC !). Ici CC considère que le PSE ne doit pas seulement contenir des mesures abstraites de reclassement, les mesures proposées doivent être des mesures effectives permettant réellement de baisser le nombre de licenciements, ou, tout du moins, d'assurer le reclassement interne d'un certain nombre de salariés. CC ne répond pas à cette exigence de précision : le plan qui concerne le reclassement interne, ne comporte aucune indication sur la nature et le nombre des emplois qui peuvent être proposés à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont l'activité et l'organisation et le lieu, permettent la permutation de tout ou partie du personnel.

→ **Corollaire du contenu de l'exigence de précision** :

- Caractère concret des mesures destinées à en limiter le nombre.
- **Dans un arrêt du 13 janvier 97, la CC : « les mesures doivent être précises et concrètes »,** faute de précision sur les catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement, le plan ne permettait pas de déterminer si les postes offerts étaient de nature à permettre un reclassement efficace, et qu'au surplus, les mesures de reclassements externes étaient illusoires.
- **Arrêt Lanons du 28 mars 00, la CC : « l'employeur doit mettre en œuvre toutes les mesures possibles qui doivent être appréciées en fonction des moyens dont dispose l'entreprise pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement ».**

→ à travers les exigences que CC s'efforce de faire respecter, lors du contrôle du PSE, le maintien de l'emploi constitue l'une des finalités du plan social (précision, concrétisation, proportionnalité).

§3 : La sanction du PSE.

→ **L 321-4-1a1 2** : « la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, tant qu'un plan visant au reclassement des salariés et s'intégrant au PSE, n'est pas présenté aux représentants du personnel, par l'employeur ». (Disposition de la loi du 27.01.93).

→ **Le contrôle du PSE incombe au juge judiciaire**. Quand le juge constate que les mesures de reclassements ne sont pas conformes aux exigences de réalité, consistance, et précision, il doit prononcer la nullité de la procédure livre 3 ! Cette nullité a prêté à discussion sur un point essentiel, **tranché par l'arrêt du 13 février 97 SAMARITAINE** :

- **ici, la question était de savoir si la nullité de la procédure s'étend au licenciement ?**

- **une partie de la doctrine est POUR** : elle soutenait qu'il convient de conférer un effet utile au texte.
- **Une autre partie est CONTRE** : l'inefficacité de la procédure ne veut pas dire nullité du licenciement car l'accomplissement de la procédure d'information/consultation n'est pas une condition de validité du licenciement lui-même. Elle se fonde sur **L 122-14-4 al 4** « la nullité du licenciement déduite de la nullité de la procédure consécutive, serait inexacte et irréaliste ».
- **Dans cet arrêt, la CC opte pour la nullité des licenciements** : il en résulte que la nullité affectant le PSE s'étend à tous les actes subséquents prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif, suivis en application de L 321-4-1, et que les licenciements sont eux même nuls.
- Ces licenciements prononcés par l'employeur sont eux même nuls, en conséquence, les juges peuvent ordonner la poursuite du ou des CT, l'employeur devra fournir des dommages et intérêts au salarié dont le licenciement est prévu, les réintégrer dans leur emploi et leur payer un salaire jusqu'à ce qu'un plan soit adopté. Seule l'absence à laquelle est assimilée l'insuffisance du PSE dans son volet de reclassement, est susceptible d'entraîner la nullité des procédures et la nullité des licenciements notifiés avant l'annulation de la procédure.
- **Cet arrêt souligne la place cardinale acquise par le PSE lors d'une procédure de grand licenciement collectif** : le PSE est une pièce maîtresse de la procédure, il prend place dans le processus de formation des actes de rupture. Le PSE conditionne la validité des licenciements : si le PSE est nul, les licenciements prononcés sont atteints logiquement de la même sanction.
- **Le juge s'est montré strict pour exonérer l'employeur de son obligation de réintégrer le salarié dans son emploi**, la réintégration pouvait se faire dans un emploi équivalent, lorsque cette dernière est devenue matériellement impossible. Cela est sévère vis-à-vis de l'employeur pour admettre les cas dans lequel la réintégration était matériellement impossible.
- **La loi du 17.01.02 a consacré la JP Samaritaine, à l'article L 122-14-4** : le texte modifié par la loi du 18.01.05. Le conseil constitutionnel a décidé que lorsque le juge prononce la nullité des procédures de licenciements, il doit prononcer la nullité des licenciements ! le seul changement concerne les conséquences du prononcé de la nullité : il y a désormais une disposition adoptée de manière à tempérer la JP stricte à l'égard des employeurs afin que ceux-ci respectent leur obligation de réintégration. Qu'est ce qu'une « réintégration impossible » ? il y'a une différence avec une « réintégration matériellement impossible » : ici la loi est devenu plus large dans sa formule ! donc les cas visés par le législateur ne sont pas limitatifs. La JP Samaritaine est maintenue, seuls les effets subissent un certain changement.

→ Question : qui peut se prévaloir de la nullité des procédures ? (Car nullité du licenciement et insuffisance du PSE).

- la nullité peut être prononcée par le TGI s'il est saisi (juge des relations collectives), mais le CPH peut être saisi du recours individuel d'un ou plusieurs salariés ayant fait l'objet d'un licenciement, de plus, il peut également annuler la procédure de licenciement pour insuffisance de mesure de reclassement et donc ordonner la nullité des licenciements !
- **Cette solution de l'arrêt du 30 mars 99** : « les salariés licenciés ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard des dispositions de L 321-4-1 ». Donc l'action individuelle des salariés tendant à faire reconnaître que leur licenciement est nul, relève de la compétence du CPH sans qu'il y ait lieu de disjoindre le contentieux de la nullité de la procédure et celui de la nullité des licenciements.

- **Dans un arrêt du 02 mai 2001 SONAUTO** : la CC réaffirme la solution, les salariés licenciés pour motif éco, ont un droit propre pour faire contester la validité de leur licenciement. Le salarié est fondé à contester le PSE en vue de soutenir que son licenciement est nul : donc il est fondé à agir en nullité de son licenciement. **Le moyen pour contester la validité de son licenciement repose sur la contestation du PSE !**
- Le droit d'invoquer la nullité du licenciement appartient au CE (TGI) et au salarié (CPH).

§4 : La force obligatoire du PSE.

→ **Le PSE est un acte juridique unilatéral générateur d'obligation.** Sa mise en œuvre s'effectue après qu'il ait été arrêté avec les représentants du personnel : c'est là qu'il requiert sa force obligatoire, avant cela, il ne s'agit que d'un projet pouvant être modifié et amélioré au cours des réunions de consultation.

→ Le PSE s'inscrit dans la durée. **Problème : assurer le contrôle du suivi et l'exécution du PSE. La loi a posé 2 modalités de contrôle :**

- **L 321-7** : l'autorité administrative.
- **L 321-4** : les représentants du personnel au cours de l'année.
- Ce contrôle organisé par ces articles peut être limité et inefficace en pratique, c'est pourquoi le juge judiciaire est compétent pour reconnaître l'insuffisance du PSE par l'employeur.
- **La chambre sociale peut se prononcer sur les conséquences de l'absence de mise en œuvre par l'employeur du plan social** : « le plan de reclassement a pour objet l'obligation individuelle de reclassement de l'employeur, en ne respectant pas les engagements pris dans ce plan, l'employeur viole nécessairement l'obligation de reclassement et le licenciement du salarié est dépourvu de CRS ». CC sanctionne partiellement la violation de l'obligation de reclassement préalable au licenciement.
- **Le reclassement traduit la préoccupation de la chambre sociale d'ériger le maintien de l'emploi quand il est possible, comme mesure de validité des licenciements éco.**
L'obligation de reclassement pesant sur l'employeur et les mesures de reclassement intégrées dans le PSE sont destinées à assurer l'effectivité du reclassement et l'expression de l'obligation de maintien de l'emploi.

→ **La loi du 02.08.89 a promu une priorité de réembauchage reconnue à tout salarié, quelque soit son ancienneté.** Ce réembauchage bénéficie au salarié licencié pour motif éco et ceux adhérents à une convention de reclassement personnalisé s'ils manifestent leur volonté d'en faire usage, dans les 4 mois après la notification de la rupture. Ensuite l'employeur doit informer de tout emploi disponible et compatible avec la qualification du salarié ou celle qu'il a pu acquérir. Cette possibilité doit apparaître dans la lettre de licenciement : l'employeur est tenu de la mentionner, le salarié dispose d'un délai de 4 mois pour accepter ou pas cette possibilité. Le non respect par l'employeur de sa priorité de réembauchage est sanctionné par une indemnité pouvant être inférieure à 2 mois de salaire.

→ **L'arrêt du 27 janvier 05 met en relation l'obligation de reclassement et la priorité de réembauchage.** Le non respect de l'employeur de cette priorité entraîne le non respect de son obligation préalable de reclassement, donc licenciement sans CRS.

SECTION 4 : L'ordre des licenciements.

→ **C'est préciser les critères qui vont servir à déterminer les salariés qui seront licenciés.**

→ **Article L 321-1-1 énumère les critères servant à la fixation de l'ordre des licenciements.** Mais problème : le licenciement pour motif éco n'est pas inhérent à la personne du salarié, mais il convient de

déterminer nommément les salariés qui seront licenciés. Il faut donc faire un choix parmi les salariés, entre ceux qui seront compris dans le licenciement, et ceux dont le CT sera maintenu...

§1 : Champs d'application de l'ordre des licenciements.

→ **Portée des règles est élargie :**

- initialement, s'appliquant au seul licenciement collectif.
- Aujourd'hui, s'applique au choix du salarié même si il est le seul à être licencié.

→ **Dans l'arrêt du 12 mars 91, la CC :** « cette disposition doit être respectée par l'employeur en cas de licenciement individuel ».

→ Les critères doivent être mis en œuvre à l'égard des salariés dont le CT n'est pas rompu par cet acte de rupture, mais par une convention de reclassement. Ces critères s'appliquent à tous les salariés concernés par une procédure de licenciement éco.

§2 : Détermination et application des critères.

→ **Les conventions collectives peuvent contenir des normes sur l'ordre des licenciements,** à défaut de prédétermination par la convention collective des critères de choix, l'employeur doit définir ces critères avec les représentants du personnel.

→ **Parmi les informations dont l'employeur est débiteur aux représentants du personnel,** figurent les catégories professionnelles visées par le projet de licenciement, + les critères proposés pour l'ordre des licenciements.

→ **Néanmoins, L 321-1 :** « ces critères prennent notamment en compte, les charges de famille, l'ancienneté, la situation des salariés avec les caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, les qualités professionnelles appréciées par catégorie... ».

→ **La décision de l'employeur dans la fixation des critères n'est pas totalement libre :** la loi oblige l'employeur de tenir compte de certains critères. La liste est indicativement non hiérarchisée, prenant en compte des facteurs sociaux, et professionnels.

→ L'employeur peut ajouter d'autres critères pourvu que les règles de choix, et le choix lui-même, ne relèvent pas de discrimination !

→ **Dans l'arrêt du 08 avril 92 Boufagueur , CC :** « il appartient au juge du fond de vérifier si le choix d'un salarié licencié parmi les personnes licenciées, n'avait pas en l'espèce été dicté par une discrimination »,

- car ici, un employeur a établi un ordre de licenciement par critère de charge de famille : il a distingué entre famille d'origine européenne et famille d'origine maghrébine et turque. Cette charge est donc appréciée différemment selon l'origine. Cette distinction recueille l'accord du CE et ne suscite pas de critiques de l'inspecteur du travail ! quand le salarié conteste le CRS de son licenciement décidé de cette considération, la CA n'a fait aucune critique à cette distinction !
- CC qualifie fermement de discrimination la différente appréciation de la charge de famille selon l'origine de celle-ci, elle ne se limite pas à ça : de ce que l'ordre des licenciements (qui est une règle unilatérale par l'employeur) comportait une telle discrimination directe, il résulte que les juges du fond sont tenus de rechercher si la décision prise n'était pas elle-même discriminatoire.

→ L'employeur peut également privilégier un critère à condition d'avoir pris en considération l'ensemble de ces critères. Pour limiter l'arbitraire patronale, la CC a instauré 3 règles que la loi n'impose pas expressément :

- L'employeur est obligé de tenir compte de l'ensemble des critères énumérés par la loi ou la convention collective, mais il peut privilégier l'un d'entre eux, surtout les critères de qualité professionnelle.
- Le juge, d'après un arrêt du 14 janvier 97 BELKASEM, peut demander à l'employeur de justifier sur des éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix. L'employeur a-t-il violé l'ordre des licenciements quand il n'est pas en mesure d'apporter des faits précis et objectifs pour justifier son choix ? l'ordre des licenciements est assujéti à une exigence de démonstration et d'objectivité des critères.
- La mise en œuvre des critères doit se faire dans un cadre correspondant à l'ensemble des salariés relevant des catégories professionnelles visées par le projet de licenciement. Le cadre d'établissement des critères, c'est l'entreprise et pas seulement l'établissement ou le site dans lequel l'employeur envisage de supprimer les emplois ! Les salariés en cause sont ceux dont les emplois relèvent d'une même catégorie professionnelle visée par le projet, la notion « d'emplois de même catégorie » → cf arrêt du 13 janvier 97, CC : « cette notion, servant de base à l'établissement de l'ordre des licenciements, concerne l'ensemble des salariés qui exercent au sein de l'entreprise des fonction de même nature supposant une formation professionnelle continue ».

§3 : Sanction de l'ordre des licenciements.

→ **Il appartient au juge de contrôler le respect par l'employeur des dispositions de L 321-1 :**

l'employeur doit communiquer au juge, si contestation, les éléments objectifs de son choix, y compris quand il fait application du critère des qualités professionnelles (même si ce critère est privilégié, il est le plus souvent sujet à discussion car l'employeur est seul juge des qualités des salariés).

→ **Dans arrêt Belkasem, l'employeur accorde la priorité aux critères professionnels** : il invoque les bavardages incessants des salariés qui ont nuit aux qualités et aux compétences professionnelles des salariés. CC : il ne s'agit pas là d'une démonstration objective du critère des qualités professionnelles, l'employeur est astreint à une justification rationnelle de son choix.

→ **Selon la chambre sociale** : « l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements n'est pas soumise aux sanctions de L 122-14-4 (sans CRS), mais elle constitue pour le salarié une illégalité qui entraîne pour celui-ci un préjudice pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé selon son étendu ». Donc, l'inobservation ne prive pas le licenciement de CRS : **CC n'est pas loin de considérer qu'un licenciement prononcé en considération de la méconnaissance par l'employeur de critères qu'il a élaboré, soit un licenciement sans CRS !** (cela a des répercussions sur la justifications de son licenciement !).

<u>SOUS TITRE 2 : LES AUTRES MODES DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL.</u>

→ Voir les manuels.

AXE 3 : LES VISSICITUDES AFFECTANT L'EMPLOI

→ Le CT peut être modifié dans des conditions complexes. Parfois, c'est la modification dans la situation juridique de l'employeur, c'est-à-dire la modification ou changement de l'employeur qui est en question.

CHAPITRE 1 : LA MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL.

→ L'exécution du CT s'étale dans le temps : l'une des parties, l'employeur, peut vouloir modifier certains éléments de ce contrat. **Il y'a une grande diversité des motifs de modifications :**

- **ces motifs peuvent être inhérents au salarié** : quand une sanction de mutation ou rétrogradation implique la modification d'un élément du CT par exemple.
- **Ces motifs peuvent avoir un motif économique** : cf. le licenciement éco, et la raison éco (L321-1).

→ Dans quelles mesures et conditions le CT peut-il être modifié ? c'est une question fondamentale, outre son importance pratique, les contours du régime juridique de la modification du CT a été révisé en profondeur d'abord en 1987 (restauration de la force obligatoire du CT), puis en 1996 (avènement d'une nouvelle opposition modification CT/changement des conditions de travail).

→ Les conséquences du refus par le salarié d'accepter une modification de son CT, ne sont pas les mêmes que celles résultant du refus d'accepter un changement de ces conditions de travail. Ces 2 notions sont opposables, elles sont soumises à deux régimes juridiques différents.

SECTION 1 : Evolution du contentieux de la modification.

→ En droit commun, le contrat légalement formé, s'impose aux deux parties, il ne peut être modifié que par un nouvel accord de volonté, c'est le principe de la force obligatoire du contrat (art 1134 Cciv). L'employeur voulant modifier les conditions d'exercice du contrat se heurte à la règle de la force obligatoire ! Cependant, ce principe ne s'imposait pas de la même manière, dans tous les secteurs de la vie juridique. De fait, longtemps, la discussion sur la modification du contrat a eu tendance à se déplacer sur le terrain de l'imputabilité de la rupture.

§1 : La Délégation d'un droit des salariés au maintien des conditions du contrat convenu et la reconnaissance d'un droit de modification unilatérale de l'employeur.

→ **Jusqu'en 87, il y'avait une faculté pour l'employeur de modifier unilatéralement le CT, dont il découlait :**

- que le maintien des conditions antérieures d'exécution du CT ne pouvait être imposées à l'employeur.
- Le salarié devait être débouté d'une action en exécution de ses conditions de travail, initialement convenues entre les parties au contrat.

→ La JP affirmait l'existence d'un droit unilatéral de modification du CT de l'employeur, et déniait au salarié tout droit de modification des conditions initialement prévues. Simplement, le licenciement s'analysait comme étant imputable à l'employeur, mais le salarié ne pouvait pas prétendre au maintien de ses conditions de travail antérieures, **donc le contrat ne constituait pas une limite à ce pouvoir de modification unilatérale.**

§2 : La restauration de la force obligatoire du contrat.

→ **Arrêt du 8 octobre 96 RAQUIN : la chambre sociale affirme pour la 1^{re} fois le principe de la force obligatoire du contrat.**

- ici, le mode de rémunération de 2 salariés dont Mr Raquin, avait été modifié en 69 ; de 71 à 81 ces salariés ont été exclus d'un certain nombre d'augmentation de salaire consentis à d'autres membres. Cette exclusion se fondait sur la modification du mode de rémunération, ils sont donc licenciés pour motif éco en 82.
- **Devant la CA**, ils forment une demande de rappel de salaire (c'est-à-dire, l'augmentation de salaire qu'ils n'ont pas eu sous prétexte de la modification du mode de rémunération).
- **CC**: « s'il n'appartient pas au salarié, qui refuse de donner son accord à la diminution de salaire, d'imposer à l'employeur le maintien des conditions antérieures, en revanche, il appartient à l'employeur de tirer les conséquences de ce désaccord, en prenant l'initiative de la rupture du CT, s'il l'estime utile ».

- **Cet arrêt est donc cassé, art 1134** : « l'acceptation par les salariés de la modification substantielle qu'ils avaient refusé, ne pouvait résulter de la poursuite par eux du travail ; c'est à l'employeur de prendre la responsabilité de la rupture ».
- **Arrêt du 21 janvier 88 Baurrès, exprime plus précisément cette position** :
 - la chambre sociale affirme clairement les éléments indivisibles de sa nouvelle JP : « l'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, modifier substantiellement le CT, il lui appartient de tirer les conséquences du refus opposé par l'intéressé : soit renoncer à la modifier, soit de prendre l'initiative de la rupture ».
 - à défaut de licencier, l'employeur est tenu de renoncer à la modification, donc de poursuivre l'exécution du contrat selon les prévisions initiales des parties, sous peine d'une action en exécution des conditions antérieures.
- **La consécration de la force obligatoire du CT, ne valait que pour les modifications substantielles**, c'est-à-dire, variant une certaine importance, bouleversant l'économie du contrat.
- **Au contraire, les modifications non substantielles, mineures, demeuraient analysées par la JP sous l'angle de l'employeur, exerçant son pouvoir de direction**. Par conséquent, les modifications non substantielles étaient soustraites au principe de la force obligatoire du contrat, et aux conséquences découlant de ce principe : le refus du salarié était analysé par les juges comme un refus fautif d'exécution du travail et donnait lieu à un licenciement pour faute.
- **Cette jurisprudence = 2 critiques** :
 - le maintien de la distinction modification substantielle/modification non substantielle, ne faisait pas bon ménage avec le principe du maintien de la force obligatoire du contrat, car en principe, il est exclu qu'une partie puisse apporter une modification du contrat, et quand c'est le cas, un nouvel accord est nécessaire, donc cela n'est pas une modification du contrat !
 - il est difficile d'appréhender ce qui relève d'une modification substantielle ou celle qui relève d'une modification mineure seulement. **C'est pourquoi, les juges de CC ont fait une nouvelle distinction entre modification du CT et changement des conditions de travail !**

§3 : Avènement de la distinction Modification du CT/Changement des conditions de travail.

→ **Par 2 Arrêts du 10 juillet 96, la chambre sociale abandonne la distinction entre modification substantielle/modification non substantielle, au profit de cette nouvelle distinction** :

- « le refus du salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail, décidé par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, constitue en principe une faute grave, qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement ».
- **Il y'a une innovation dans l'adoption d'une nouvelle terminologie, ici la CC par le de « changement des conditions de travail décidé par l'employeur »** : au fond, dans les arrêts postérieurs, la chambre sociale va expliciter cette JP, elle distingue le changement des conditions de travail décidé par l'employeur, de la modification du contrat.
- **A priori, cette distinction ne doit pas être comprise comme une simple évolution de la terminologie** : cette nouvelle terminologie traduit une conception renouvelée par CC du traitement juridique de l'évolution du rapport d'emploi, qui prend appui sur la distinction modification CT/ changement des conditions de travail.
- **Question : une évolution ou transformation du rapport du travail s'apparentent-elle à une modification du contrat (que l'employeur décide ou pas), ou à un changement des conditions de travail (que l'employeur peut décider) ?** seule la modification du contrat étant

soumise au principe de la FO, alors que les changements des conditions de travail peut être imposé au salarié, décidé uniquement par l'employeur !

- **La CC n'a fait que déplacer le problème** : la CC est très ambitieuse, elle a une vraie volonté de parvenir à une approche renouvelée du traitement juridique de la modification du C, mais elle n'a pas tiré toutes les conséquences de cette distinction. Aujourd'hui, cela est très différent : **la question de la modification du travail n'est plus traité sous l'angle de l'importance du changement opéré, mais sous l'angle de la source, de l'élément auquel l'employeur souhaite apporter un changement.** Pour cela il faut distinguer ce qui relève objectivement de l'économie du contrat, et de ce qui au contraire s'apparente au pouvoir de direction (la faculté pour l'employeur d'organiser comme bon lui semble le travail dans l'entreprise).
- **Question** : le changement, sa nature du changement, s'apparente-t-il à un élément du contrat, ou au contraire à un simple changement des conditions du travail ? Comment la chambre sociale entend elle résoudre les difficultés de la distinction modification du CT/changement des conditions ? **Solution** : par une approche + objective des hypothèses ! Difficultés de la distinction : en élaborant cette distinction, la chambre sociale avait pour objectif d'objectiver le CT. Ce à quoi aspirait la chambre sociale, c'était de déterminer objectivement une sphère contractuelle, ce qui implique de considérer que certains éléments avaient une naissance et une nature contractuelle ! (Donc, en associant certains éléments du contrat à la sphère contractuelle). En réalité, tout dépend de la source de l'élément affecté : CC a continué à privilégier une approche en terme de source au détriment d'une approche + objective du contrat, par conséquent, elle réinjecte une appréciation subjective pour déterminer ce qui relève d'une modification du CT ou du changement des conditions.

SECTION 2 : La mise en œuvre de cette distinction.

- à quoi reconnaît-on que la mesure envisagée par l'employeur est une modification du CT nécessitant l'acceptation du salarié, ou un simple changement des conditions de travail, pouvant lui être imposé par l'employeur ?
- quels sont les régimes respectifs du refus du salarié d'accepter une modification du CT ou un refus du changement des conditions de travail ?

§1 : A quoi reconnaît-on que la mesure envisagée par l'employeur est une modification du CT ou un simple changement des conditions de travail ?

→ **Exemple** : si X travaille 32h par semaine au Mac Do, l'employeur ne peut plus lui offrir 32h, donc X va travailler que 20h/semaine. Est-ce une modification du CT ou un changement des conditions de travail ?

→ **Il faut distinguer le CT du statut collectif** (études des sources du travail), c'est-à-dire la convention collective applicable, les engagements unilatéraux et les usages. Il est très fréquent que diverses primes résultent d'un usage ou d'un engagement unilatéral et non d'un CT ! Si l'employeur veut mettre un terme à cet usage ou engagement unilatéral, le salarié va-t-il se pouvoir se prévaloir d'une modification de son CT ? C'est une question délicate, la CC s'est heurtée au pluralisme des sources, et à la théorie de l'autonomie des sources, c'est-à-dire que les droits et avantages issus du statut collectif ne s'incorporent pas avec le CT ! il y'a donc une imperméabilité des sources !

→ Quand le droit ou l'avantage a sa source dans le statut collectif, il ne s'intègre pas dans le CT : par conséquent, le salarié ne peut pas se prévaloir de son CT pour ce changement de condition de travail.

A. La qualification de l'élément affecté :

→ **Beaucoup d'auteurs (les mauvais lol) ont tendance à dire que les éléments du contrat sont le lieu, la rémunération etc.** Mais la JP a une approche en terme de source !

→ **La difficulté réside dans la qualification de l'élément affecté. Question** : l'élément auquel l'employeur porte atteinte doit-il être qualifié d'élément du contrat ou relève-t-il du pouvoir de direction ?

→ **2 Méthodes de qualification sont envisageables :**

- si un écrit est établi, il suffit de s'y reporter, dès lors qu'une modification est apportée à l'une des clauses du contrat (horaire, lieu de travail, rémunération...), c'est une modification du CT ! Mais CC est arrivé à une dénaturation totale des clauses du contrat : avec la JP de la chambre sociale, il est impossible de se référer à l'écrit car ce n'est pas un procédé permettant de sécuriser la sphère contractuelle !

- à défaut d'indication décisive dans le contrat, les juges peuvent tenter de circonscrire la sphère contractuelle : c'est la tendance à l'objectivisation du contrat, donc de considérer que certains éléments de la relation du travail, relève par essence du contrat. Mais cette méthode a heurté au pluralisme des sources et à l'autonomie des sources !

→ Il faut donc prendre chacun des principaux éléments du rapport d'emploi pour voir comment la CC appréhende le changement de l'un de ces éléments.

B. La rémunération contractuelle, élément du CT :

→ **Arrêt Di Giovanni du 19 mars 98** : « la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du CT qui ne peut être modifié même de manière minimale sans son accord, il va de même du mode de rémunération prévue par le contrat... ».

- **CC** : la rémunération, quand elle est prévue par le contrat, est un élément du contrat auquel l'employeur ne peut pas toucher sans requérir le consentement du salarié. CC fait prévaloir la source de l'avantage sur la nature de l'avantage.
- **Ainsi le contrat est un facteur juridique de résistance du salarié aux évolutions du rapport d'emploi.** L'intérêt du salarié est de voir le maximum d'éléments dotés d'une valeur contractuelle ! compte tenu de la prestation de la rémunération, la CC aurait pu dire que la rémunération a une nature contractuelle quel qu'en soit la source.
- En bref, la CC distingue donc selon la source de la rémunération, si elle résulte du contrat alors elle a une nature contractuelle, donc c'est un élément du contrat. Mais il existe des aspects de la rémunération qui ne résultent pas du contrat mais qui ont leur source dans le statut collectif, dans ce cas ce n'est pas un élément du contrat !

→ **Arrêt du 20 novembre 98** : ici la CC précise les rapports de la rémunération avec les autres normes du travail → **la rémunération contre partie du travail salarié résulte en principe du CT, sous réserve du SMIC et des avantages résultant des accords collectifs, des usages d'entreprises et des engagements unilatéraux de l'employeur.**

- la rémunération peut aussi résulter en tout ou partie, des accords collectifs. Question : l'élément de la rémunération résulte-t-il du contrat ou du statut collectif ? L'enjeu de la qualification est fondamental ! Cet élément de rémunération résultant du statut collectif ne s'incorpore pas au contrat, donc il peut être modifié ou supprimé, si la norme collective a été régulièrement dénoncée, mise en cause ou révisée.

→ **Arrêt du 27 février 01, CC** : « la clause par laquelle un employeur se réserve le droit de modifier en tout ou partie le CT, est nul comme contraire aux dispositions de l'art 1134 Cciv ! ». Le salarié ne pouvait valablement renoncer aux droits qu'il tire de la loi.

- **Décision du 03 juillet 01** : la CC a fait application de la règle qu'elle a dégagé dans cet arrêt, à la rémunération contractuelle, puisqu'elle énonce qu'une clause du CT ne peut valablement

permettre à l'employeur de modifier contractuellement la rémunération contractuelle du salarié. Donc seule la rémunération contractuelle relève de la sphère contractuelle, à l'exclusion de la part de la rémunération ayant sa source dans le statut collectif.

C. La qualification, élément du contrat compatible avec la tâche du salarié.

→ **La qualification est déterminé par les parties** : c'est la fixation contractuelle du rapport entre l'aptitude de salarié et la fonction occupée. C'est la prestation de travail contractuellement convenue comme étant celle du salarié, c'est un élément du contrat qui a donc valeur contractuelle.

→ **C'est un enjeu important car elle constitue la mesure de ce que le salarié est en droit de refuser, et elle constitue la mesure de ce que l'employeur peut imposer au salarié** : le fait d'imposer au salarié des tâches ne relevant pas de sa qualification, constitue une modification du CT ; Mais, la qualification reconnue au salarié ne doit pas non plus être un obstacle à une certaine mobilité fonctionnel dans l'entreprise.

→ **Arrêt HORTIFRUIT, mai 99** : « la circonstance que la tâche donnée au salarié soit distincte de celle effectivement convenue, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, cela ne caractérise pas une modification du CT ».

→ Dans les arrêts postérieurs, la CC réaffirme cette position, question : **quand et qu'est ce qui fait que la qualification est altérée, donc par conséquent est une modification du CT ? Donc, qu'est ce qu'une tâche distincte, mais correspondant néanmoins à la qualification du salarié ?** C'est une question redoutable car la qualification est une notion complexe, elle a valeur contractuelle mais qui est dictée par des règles extérieures au CT, c'est-à-dire par la convention collective essentiellement (qui contiennent les grilles de classification = règles qui ont pour objet une nomenclature des différents emplois). En réalité, la qualification donnée au salarié l'est par référence aux règles de classification : tout dépend de la manière dont l'emploi est conçu par la grille de nomenclature, parfois de manière extrêmement stricte, parfois + souple ! Cf. l'emploi de la secrétaire, qui est globalement large !

→ **Arrêt du 26 mai 98** : ici la CC approuve une CA d'avoir constaté qu'à l'embauche, l'employeur avait refusé d'inclure dans un CT les tâches de chauffeur : le salarié n'a été engagé qu'en la seule qualité de ripper. En voulant imposer le salarié d'exercer les tâches de chauffeur, son employeur lui imposait une modification de CT.

- Ici CC ne mentionne pas expressément la qualification. Ici, la qualification de ripper implique de la part du salarié l'exécution d'actes nettement définis et circonscris, la qualification renvoie immédiatement à une série d'actes précis. Même chose pour la qualification de chauffeur, mais les choses se compliquent quand la qualification du salarié ne se confond pas avec des actes opératoires nettement très déterminés.
- Dans **Hortifruit**, la salariée était engagée en tant qu'ouvrière agricole, elle dit que son CT est modifié car sa tâche constituait en l'engrenage des bananes ; plus tard, elle est affectée à la cueillette des citrons, c'est-à-dire que le travail est dehors, et les actes requis pour l'exécution ne sont pas les mêmes. Mais pour la CC, ce passage ne correspondait pas à un changement de qualification mais à une simple évolution de la tâche, ne s'apparentant pas à un changement de qualification donc il n'y pas de modification de CT.
- **Ici, cette qualification contractuelle est suffisamment large pour permettre une certaine mobilité de la salariée au sein de l'entreprise.** Si l'emploi, sa qualification correspond à un emploi auxquels sont associés des actes prévus, l'employeur n'a pas beaucoup de marge de manœuvre. Si par contre, l'emploi, la qualification ne correspond pas à un emploi nettement défini, sa marge de manœuvre serait accrue, il pourra faire affecter le salarié à de nouvelles tâches, sans affecter la qualification, et donc le contrat. Ce qui opère une modification du CT,

c'est l'affectation de la qualification, encore faut-il savoir ce qui s'apparente à un changement de qualification...

D. Le lieu de travail, à l'épreuve des clauses de mobilité et des mentions informatives :

→ Le changement de lieu de travail fait l'objet d'un contentieux abondant : pour savoir si le changement de lieu est une modification du contrat, il faut voir si dans le CT, il y'a une clause de mobilité géographique.

Une clause de mobilité :

→ La CM est une stipulation contractuelle que prévoit et organise le déplacement du lieu de travail. En principe, la CC a décidé depuis la 10.06.97 ; qu'en procédant à un changement des conditions de travail, en exécution d'une CM, l'employeur ne fait qu'exercer son pouvoir de direction.

→ **Arrêt du 29 janvier 02**, la CC décide « qu'en application de la CM dont la validité n'était pas contesté, l'employeur est en droit d'affecter le salarié dans une agence de province, sans modifier le CT. Alors qu'elle n'avait pas caractérisé d'un usage abusif de la CM, la CA n'a pas donné de base légale à sa décision ». **la CC a posé en règle la validité des CM : quand elle est valide, la CM permet à l'employeur de changer le lieu de travail du salarié, sans que le changement constitue une modification du CT.**

Donc la CM fait rentrer le lieu de travail dans le pouvoir unilatéral de direction de l'employeur : d'une certaine manière, la CM opère une disqualification de ce qui, à défaut de clause, serait une modification du CT. La CM fait entrer le lieu de travail dans le pouvoir de direction. La CM est en principe valable, mais cette validité n'exclut pas, du moins n'excluait pas jusqu'au 23.07.05, un contrôle de son usage !

→ La validité d'une CM :

- elle est admise et peut heurter les libertés et droits fondamentaux du salarié (surtout le droit au respect de la vie privée et familiale).
- **Dans l'arrêt Spilleers du 12 juillet 99** : l'art 8 CEDH a condamné une CM imposant au salarié un changement du lieu de travail et un changement de domicile (CM résidence) : « une restriction au libre choix du domicile par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, et proportionné au but recherché ». ici le droit au respect au domicile est invoqué par les juges, mais ici, la CM était une CM résidence ! Cela imposait donc au salarié de changer de domicile.
- Mais plus généralement, la JP considère que la CM est enfermée dans une logique contractuelle, et reconnaît aux CM une validité de principe. Pour les clauses de non concurrence, elle refuse par principe la validité de ces clauses ! Et pourtant la CM porte à l'évidence atteinte aux droits fondamentaux des salariés : pour une personne, le lieu où elle vit, constitue une partie de son identité. Ne peut on pas considérer que la mobilité géographique qui est restreignant, met en jeu le droit au respect de la vie privée et familiale ?
- Comment expliquer que le lieu de travail soit traité différemment des autres clauses du contrat ? par exemple, pourquoi l'objet du lieu est différent de l'objet de la rémunération ?
 - La croyance qu'une modification du lieu de travail n'est pas aussi grave qu'une modification de rémunération. Or cette croyance très répandue, mériterait d'être rediscutée à la lumière des droits fondamentaux.
 - Remise en cause des CM : leur condamnation risquerait d'apparaître comme une atteinte intolérable à la liberté de gestion des employeurs ! Donc le lieu de travail est un élément qui, par nature, relève du pouvoir de direction !

→ Les contrôles de l'usage de la CM :

- bien qu'un CT puisse contenir des CM, il se peut que l'employeur en abuse. Jusqu'aux arrêts du 23 février 05, la CC considère que la validité d'une CM n'était pas exclusive d'un certain contrôle judiciaire dans sa mise en œuvre au regard de l'intérêt de l'entreprise.
- **Dans les arrêts du 23 février 05, la CC** : la CM ne peut être mise en œuvre que dans l'intérêt de l'entreprise. Ici, la CC approuve une CA d'avoir caractérisé l'abus dans la mise en œuvre de la clause car celle-ci n'est pas justifiée par un motif objectif. Donc jusqu'à une période récente, la validité de la CM n'était pas exclusive d'un contrôle judiciaire dans sa mise en œuvre au regard de l'intérêt de l'entreprise : en cas de contestation non pas de la validité de la clause, mais des conditions de sa mise en œuvre (c'est-à-dire l'usage), c'était à la lumière de l'intérêt de l'entreprise que ce contrôle devait s'effectuer. Les juges du fond pouvaient caractériser ou non un abus.
- **Problème : qu'est ce qui constitue un usage abusif de la mise en œuvre d'une CM ?** le motif de la mise en œuvre d'une CM devait présenter un caractère objectif (Cf. 23.02.05). Donc le motif de la mise en œuvre d'une CM était sous couvert du contrôle de l'abus, c'était bien l'exigence d'un motif objectif formulé, c'est-à-dire si il y'avait contestation de la mise en œuvre d'une CM, la charge de la preuve n'incombe pas au seul salarié, c'est à l'employeur de prouver que la CM a été mise en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise, et que cela repose sur un motif objectif. Donc contester la mise en œuvre d'une CM décharge la salarié en matière de preuve.
- **Arrêt du 06 février 01** : la chambre sociale approuve une CA d'avoir décidé que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable, en mettant en œuvre une CM, alors qu'il savait que la salarié était mère d'un enfant handicapé moteur dont elle devait s'occuper à l'heure du déjeuner, et que le poste occupé antérieurement par la salariée était libre. Ici il n'a pas de motif objectif a priori, et cette mise en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise n'est pas prouvée.
- **Autre exemple** : caractérise un abus, la mise en œuvre d'une CM, lorsque le salarié se trouve dans l'impossibilité, en l'absence de transports communs, de se rendre à l'heure prévue sur le nouveau lieu de travail qui lui est imposé. Donc les CM sont en principe valable, cette validité n'exclut pas un contrôle judiciaire de la mise en œuvre de la CM par l'employeur : la charge de la preuve de l'abus dans cette mise en œuvre ne pesant pas exclusivement sur la salarié.
- **Mais les 2 arrêts du 23 février 2005 adoptent une perspective différente, CC** : « La BF contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer la CM, est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; il incombe au salarié de prouver que cette décision a été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusive de la BF ». Ne s'agit-il pas d'une conséquence de l'admission de la validité de la CM sur le terrain probatoire ? Or, partir de ce postulat, aboutit à déplacer la discussion sur le terrain des conditions de la mise en œuvre. Jean Pélissier : « plutôt que de plaider sur les conditions de mise en œuvre, la discussion aurait du porté sur leur validité, et au regard des droits fondamentaux ! ». La référence dans les arrêts de 05 à la BF, dit que soustraire au contrôle du juge la mise en œuvre des CM n'emporte pas la conviction, car il n'y a pas de raisons objectives et fondées, de présumer la BF de l'employeur et pas celle du salarié ! ne serait il pas logique de considérer qu'il appartient au juge de rechercher que l'employeur est de BF, comme quand il est saisi d'une action en contestations du CRS de licenciement ? Ces arrêts ont considérablement restreint la possibilité pour le salarié de contester la mise en œuvre des CM . Ici, la charge de la preuve s'est radicalement modifiée, c'est au salarié de prouver que les CM ont fait l'objet d'une mise en œuvre dans des conditions exclusive de la BF contractuelle.

L'absence de CM :

→ Si le CT n'a pas de CM, faut-il considérer que le lieu de travail est un élément du contrat ? Ou faut-il considérer que la mention du lieu de travail a pour effet de contractualiser celui-ci ?

→ **Arrêt du 04 mai 99, la CC a posé des règles** : « le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective ». Or, dans le même arrêt, elle met en évidence un critère qui doit permettre au juge du fond d'apprécier si un changement du lieu de travail constitue ou non une modification du CT. **Ce critère c'est le secteur géographique**, donc les juges du fond, pour apprécier si un changement du lieu de travail est une modification du CT, sont tenus de rechercher si le nouveau lieu de travail est situé dans un secteur géographique différent de celui où il travaillait auparavant. Si le salarié est affecté dans un lieu situé dans un même secteur géographique, alors il n'y a pas de modification du CT ; si le lieu est à l'extérieur du secteur, alors il y a modification du CT !

→ **Mais la notion de secteur géographique est floue !** On parle de région ? De département ?

Transports ? Il y'a pleins de paramètres pour déterminer si un changement du lieu de travail a eu lieu au sein d'un même secteur géographique ou non !

- **le secteur du lieu de travail doit donc être apprécié objectivement.**
- Les juges ont pu considérer à admettre qu'un changement du lieu de travail dans un même département, mais mal desservi au niveau des transports.
- **Le secteur géographique doit être concilié avec l'idée de l'arrêt du 22 janvier 03** : « le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors de son secteur géographique habituel, ne constitue pas une modification du CT dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise, et que la spécificité des fonctions du salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique ». qu'est ce qu'un déplacement occasionnel ? c'est une notion floue ! quelles sont les fonctions qui impliquent une certaine mobilité géographique ? A partir de quels critères déterminer les fonctions impliquant le salarié qu'il se déplace en dehors de son secteur habituel ? la notion de secteur géographique doit être combiné avec cet arrêt !
- **Arrêts du 03 juin 03, importants**, CC : « la mention du lieu de travail dans les CT a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise, que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu ». cette solution est transposée au LME par un arrêt du 21 janvier 04. **Ces arrêts s'exposent à la critique** en raison de la disqualification d'une clause contractuelle, en simple mention informative, de plus, quand bien même ne s'agirait-il que d'une mention informative, la CC refuse de faire produire ces effets juridiques qui s'attache à cette information, à cette mention informative. **Pour la 1^{re} critique, la CC est amenée à disqualifier en simple mention informative** : le CT, quand il est établi, il contient des clauses contractuelles au sens strict, c'est-à-dire que des dispositions créatives de droits et obligations à la charge des parties, mais le CT contient des mentions informatives qui n'ont pas tant pour objet de donner naissance à des obligations réciproques, que d'informer le salarié sur le statut collectif applicable à l'entreprise. **Une directive communautaire du 14 octobre 98** (relative à l'obligation de l'employeur d'informer le Trésor, des éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail) contraint l'employeur d'informer le travail, mais elle ne dit pas que les éléments essentiels qu'elle désigne, sont des éléments du CT : les éléments essentiels sont l'identité des parties, le lieu de travail, la qualité professionnelle, la catégorie d'emploi appliqué, la durée du travail etc. Cette liste énumérative a suscité la perplexité car elle vise les éléments du contrat ET les éléments extérieurs à la sphère contractuelle (Cf. les informations sur la convention collective applicable sont extérieurs au CT). Lorsqu'un CT prévoit que le travail s'exécutera au 33 bd du port Cergy, est ce que cette référence au lieu de travail constitue une simple mention informative, ou bien une clause

contractuelle ? Si c'est une clause contractuelle, donc le changement du lieu de travail, quand bien même s'opérerait-il dans le même secteur géographique, s'analyse en une modification du CT. Si, au contraire, c'est une mention informative, alors le lieu de travail n'est pas contractualisé, par conséquent l'employeur peut tout à fait modifier ce lieu de travail à l'intérieur du même secteur géographique ! c'est donc un enjeu important, car même si cette distinction ne joue que pour les changement du lieu de travail à l'intérieur d'un même secteur géographique, dès lors que ce changement s'opère au-delà du secteur géographique, il s'analyse en une modification du contrat, sous réserve qu'il n'y ait pas de clause de mobilité ! Cette JP du 03 juin 03 est une solution par la CC, qui ne vaut que pour les changement de lieu de travail à l'intérieur d'une même secteur géographique, mais on peut supposer que lorsque le contrat du salarié précise que le travail s'exécutera dans l'établissement de Cergy Bd du port, une telle mention vaut-elle une clause ? pour la CC, non ! pour que le lieu de travail soit contractualisé, la CC considère que cette clause doit être claire et précise, et spécifiée que le travail s'exécutera exclusivement dans ce lieu ! D'après Jean Pélissier, « en disqualifiant une clause contractuelle en simple mention informative, la CC viole délibérément les dispositions de 1134 ». **Pour la 2^{de} critique, en raison de la négation de l'effet juridique que produit normalement la mention informative :** l'information n'a de sens que si elle lie celui qui la donne, par conséquent, le fait que la CC n'accorde pas ou n'attache aucun effet particulier à une mention, serait-elle informative, dénature la signification même de l'information. L'information aujourd'hui, n'est pas mobilisée, invoquée par la CC pour éluder l'application des règles juridique normalement applicables ! Cet arrêt du 03 juin 03 participe à ce mouvement d'évincement des règles normalement applicables, la CC s'appuie sur la notion de mention informative, pour disqualifier un élément du contrat ! l'hypothèse de transposition du changement du lieu de travail pour raison éco, est applicable, quelque soit la raison conduisant l'employeur à changer le lieu de travail du salarié.

E. La durée et l'horaire de travail :

→ Le temps de travail se manifeste dans la durée du travail, et dans l'horaire du travail, il faut donc distinguer la durée/l'horaire.

→ **La durée du travail : c'est le temps décompté en heure que le salarié doit effectuer pour l'employeur.**

- **D'après L 212-4**, « la durée du travail effectif, est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur, et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses activités personnelles ».

- **La manifestation principale de la durée de travail, est la durée légale du travail effectif qui est fixé à 35h/semaine (L 212-1).** Cette durée légale n'est qu'une mesure d'un temps de travail effectif dans un cadre hebdomadaire, c'est donc une référence, une mesure, mais elle ne correspond pas à la durée effective et réelle du travail, car la durée réelle/effective du travail peut tout à fait excéder la durée légale (ou être en dessous) : quand elle est supérieure, cela s'explique par le recours aux heures sup.

- **en cas d'heure sup**, l'employeur dispose pour chaque salarié, d'un contingent supplémentaire de 180 heures ; une convention collective de branche étendue ou un simple accord d'entreprise, peuvent diminuer mais surtout augmenter ce contingent d'heure sup.

→ **L'horaire de travail : ce sont les modalités de répartition du temps de travail dans la semaine voire dans le cadre de l'année (cf. « l'annualisation du temps de travail »).**

- **problème de l'horaire** : il y'a un problème d'organisation et d'aménagement de la durée du travail (ce qui est différent du problème de la durée, qui est un problème de quantification de travail).
- **La durée, quand elle est mentionnée au CT, constitue en principe un élément du CT** : **Arrêt du 20 octobre 98 Baudimont** → « la durée telle que mentionnée au CT a valeur contractuelle », donc la durée si elle a été contractuellement prévue, constitue un élément du contra ! si l'employeur envisage de modifier la durée telle que mentionnée au CT, c'est alors une modification du CT, en revanche, les heures sup imposées par l'employeur dans la limite du contingent ne constituent pas une modification du CT.
- **Le changement de l'horaire, est tantôt traité comme une modification, tantôt traité comme un changement des conditions de travail** : Arrêt du 14 novembre 00 où la CC approuve une CA « ce changement relevant non pas du pouvoir de direction, mais instituant le passage d'un horaire fixe à un horaire variable, donc il y'a modification du CT ». donc le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, caractérise objectivement une modification de contrat.
- **Arrêt du 05 août 01** : « la clause du CT, selon laquelle, l'employeur s'autorise le pouvoir de changer l'horaire de travail selon la nécessité du service, est inopérante ! Mais, à défaut de clause du contrat excluant le travail le samedi, l'employeur, en demandant au salarié de travailler ce jour ouvrable fait usage de son pouvoir de direction ». Les juges se réfèrent à l'importance du changement d'horaire, si ce changement imposé au salarié, n'est pas très important, alors ce serait un simple changement des conditions de travail. Au contraire, quand cela affecte significativement les conditions, alors ce serait une modification du CT ! **Le changement d'horaire altère-t-il significativement les conditions de travail du salarié ?** cela est problématique des libertés et droits fondamentaux, car l'importance du changement d'horaire sera appréciée par rapport aux conséquences qu'il devrait produire sur la vie familiale et personnelle du salarié.

§2 : Le régime des modifications du contrat, et le régime des changements des conditions de travail.

A. Le régime de la modification du CT :

- Dans la diversité des motifs de modification, il y'a une diversité des motifs de licenciements.
- Le motif de modification peut être inhérent à la personne du salarié (motif disciplinaire, par exemple, la rétrogradation dans la fonction pouvant entraîner une baisse de la rémunération). Mais il peut être aussi éco, lorsque ce sont des raisons éco qui ont conduit l'employeur à proposer au salarié une modification de son contrat (par exemple, réduction de rémunération, passage d'un horaire à temps plein à temps partiel ...).
- Quelque soit le motif de la modification, sa mise en œuvre suppose l'acceptation du salarié, son refus obéit à des règles différentes selon le motif original de la modification.

L'acceptation du salarié :

- Dans ce cas, question : **quelle manifestation de volonté est requise pour que cette acceptation produise ces effets ?** Depuis l'arrêt du 08 octobre 87 RAQUIN, l'acceptation par le salarié, ne saurait résulter de la seule poursuite du travail aux nouvelles conditions, même si cette poursuite se déroule dans le temps : c'est à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture s'il n'obtient pas l'acceptation expresse du salarié. La manifestation de volonté de celui-ci doit être claire et non équivoque.
- Quand c'est un motif sur une cause éco, cela est différent jusqu'à la **loi du 18.07.05, L 121-1-2** : l'employeur doit informer chaque salarié par lettre AR, annonçant que le salarié a un délai d'un mois à

compter de la réception pour faire connaître son refus, à défaut de réponse, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée.

→ **La loi du 18.07.05 est importante** : désormais, l'employeur ne doit plus se contenter d'informer le salarié de la modification qu'il envisage d'apporter à son contrat. La formule est différente désormais → quand l'employeur envisage une modification d'un élément essentiel du contrat, il en fait la proposition par lettre recommandée avec AR. La proposition se substitue à la simple information ! Ce qui n'a pas changé, c'est le délai. S'agissant d'une modification reposant sur des motifs économiques L 121-1, c'est le système de l'acceptation tacite qui prévaut. On peut regretter dans la loi du 18.01.05, que le législateur n'a pas saisi l'occasion pour contraindre l'employeur à motiver la lettre, car la lettre de proposition de modification n'est pas assortie de motivation, il y a une certaine incohérence entre le régime du licenciement éco et le régime de la modification !

Le refus d'une modification du CT :

→ **Le CT ne peut être modifié sans l'accord du salarié**. Le salarié refusant la modification, n'a pas à prendre d'initiative particulière (sauf disposition de motif économique car le silence vaut acceptation).

→ Pour la CC, l'employeur ne peut, sans le consentement du salarié, modifier le CT. **Il lui incombe, soit de maintenir les conditions initiales, soit de tirer les conséquences du refus par le salarié d'une modification de son CT pour motif éco**. Si le salarié refuse la modification du CT ayant un motif éco, l'employeur doit engager à l'égard du salarié, la procédure de licenciement du livre 3. Si l'employeur n'a pas pris l'initiative de licencier le salarié, la qualification du licenciement résultera du motif de l'employeur à envisager les modifications du CT

→ **Ce n'est pas le refus du salarié qui constitue le licenciement** : le refus n'est pas constitutif d'une faute, susceptible d'un licenciement. Le refus est un droit, le salarié ne peut pas être licencié en raison de son refus d'accepter une modification de son contrat, la cause de licenciement réside dans le motif de la modification du CT.

→ **Cf. JP Framatome/Majorette + loi du 18.01.05** : l'employeur proposant à 10 salariés et +, une modification du CT n'est pas tenu d'engager la procédure du livre 3 au moment de la notification de la proposition, l'obligation de déclencher la procédure de licenciement éco ne pèse sur l'employeur que lorsqu'au moins 10 salariés ont refusé la modification de leur CT. Le fait déclencheur de la procédure de licenciement éco, ne réside plus dans le refus de la proposition de notification, mais dans le refus d'au moins 10 salariés d'accepter une telle modification.

B. Le régime des changements des conditions de travail :

→ **Quand l'employeur opère un changement des conditions de travail, il agit dans l'exercice de son pouvoir de direction, et le salarié n'a pas le droit de refuser un changement des conditions de son travail, il doit s'y soumettre** (pas le droit au refus !).

→ **Le refus par le salarié, de se soumettre à un changement des conditions de travail décidé par l'employeur, n'entraîne pas à lui seul la rupture du CT**. Ce refus n'est pas assimilable à une démission, même si il s'accompagne d'un départ de l'entreprise.

→ **C'est à l'employeur, qu'il appartient de procéder au licenciement, il s'agira toujours d'un licenciement disciplinaire, pas nécessairement pour faute grave** : ici, la faute consiste tout simplement dans le refus de soumettre aux nouvelles conditions de travail, décidé uniquement par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. Les juges du fond retiendront ou non une faute grave, en fonction des circonstances de l'espèce (âge du salarié, ancienneté, nature plus importante du changement apporté etc.). A défaut de faute grave, ce sera un licenciement pour faute sérieuse !

→ **Question** : comment tracer la délimitation entre ce qui relève d'une modification, et de ce qui relève d'un simple changement des conditions de travail ? Comment déterminer si la mesure prise par l'employeur affecte ou non la sphère du contrat ? Il faut d'abord qualifier l'élément affecté ! la chambre

sociale tente de promouvoir une démarche objective, certains éléments du rapport d'emploi sont nécessairement contractuels, de sorte que leur évolution, telle qu'elle soit, requiert toujours l'acceptation du salarié. Problème : cette approche objective est tout de même absorbée par la tendance de la JP à privilégier la source de l'élément affecté. On aurait pu considérer que la rémunération relève par nature du contrat, c'est ce que suggérait la Chambre sociale en 96, mais l'adoption d'une telle démarche aurait du conduire à une plus grande porosité des sources ! Par exemple, un droit issu d'une norme collective peut néanmoins faire l'objet d'un rattachement à la sphère contractuelle, et la JP s'est donc « autocensurée » en privilégiant la source sur la nature de l'avantage : il y'a donc supériorité de l'autonomie du contrat par rapport à l'autonomie des statuts collectifs. Les droits issus d'une norme collective ne sont pas un élément du contrat !

→ **L 122-12 est une règle ancienne car remonte à une loi du 18.07.68. En réalité, c'est surtout son alinéa 2 qui est important** : « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, fusion, vente, transformation du fond, mise en société, tous les CT en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

→ **L 122-12 al 2 est une règle de maintien des CT en cours en cas de transfert d'entreprises**, cette règle résulte également d'une directive communautaire du 14.02.77 relative au rapprochement des législations des EM concernant le maintien des droits des travailleurs, en cas de transfert d'entreprise, d'établissement, ou de parties d'établissements. Directive modifiée par la directive 98-50 du 29.06.98, elle-même remplacée par la directive 2001-23 du 12.03.01.

→ **Ces directives « transfert » font l'objet d'une JP importante de la CJCE qui a fortement influencé l'interprétation du juge national de L 122-12** : le DI doit être considéré comme une mesure d'application de la directive européenne. Les revirements capitaux de la JP française ont leur source dans la JP de la CJCE !

SECTION 1 : Les conditions d'application de L 122-12 al 2.

→ **L 122-12 parle de modification dans la situation juridique de l'employeur, mais l'expression ne précise pas le champ d'application de la règle**. La loi énumère une série d'hypothèses dans lesquelles s'impose le maintien des CT par le nouvel employeur : succession, fusion, vente, mise en société, transformations du fond ... C'est une énumération qui n'est pas limitative (« notamment »).

→ **La JP envisage assez largement le champ d'application de L 122 - 12** : cette conception relativement large du domaine d'application résulte de l'interprétation de la directive « transfert » par la CJCE.

→ La chambre sociale ne parle pas de modification de la situation juridique de l'employeur mais elle se réfère à une terminologie élaborée par l'interprétation de la CJCE et de sa directive, c'est pourquoi, la chambre sociale considère que la règle du maintien est applicable en présence du transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise. **Mais un débat a agité la JP française jusqu'en 90** :

- la seule perte d'un marché suffit-elle à justifier l'application de cette règle ?
- un lien de droit doit-il exister entre les employeurs successifs ?

§1 : Perte d'un marché et absence de lien de droit entre les employeurs successifs.

→ **Dans l'arrêt GOUPI du 27 février 34**, la CC avait dénoncé que « **la loi du 18.07.28** était destinée à assurer au salarié des emplois plus stables, qui en conséquence, doit recevoir application dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle ».

- le jeu de la règle des maintiens des CT, est admis même en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs.
- Cette règle était admise dans l'hypothèse de la seule perte d'un marché par exemple, de prestation de service.
- Or dans la première moitié des années 80, cette orientation jurisprudentielle favorable à l'extension du champ d'application de L 122-12-2, a été sérieusement contestée et remise en cause comme faisant obstacle au jeu de la libre concurrence.
- La question s'est d'abord posée à propos de l'application que la JP faisait de cet article L 122-12 al 2 dans l'hypothèse où une entreprise prestataire de service, succède à une autre pour l'exécution de la même prestation : une entreprise ou une collectivité fait appel à un prestataire de service pour le nettoyage et l'entretien de la voirie pour l'enlèvement des ordures ménagères. La collectivité met fin à ce contrat de prestation de service, et conclut un

nouveau contrat de prestation de service avec un autre prestataire pour la même exécution : la règle de maintien des CT en cours entre le personnel de l'entreprise et le nouvel employeur est applicable car la même activité continuait sous une direction nouvelle, le 2nd prestataire était tenu de maintenir les CT.

→ **Dans l'arrêt du 15 novembre 85 NOVA SERVICE, l'AP a modifié cette solution dans le cadre d'un remplacement d'une entreprise de nettoyage par une autre : ici l'art L 122-12 al 2 ne s'applique pas, la modification de la situation juridique de l'employeur ne peut résulter de la seule perte d'un marché ! il y a donc réduction du champ d'application de L 122-12 al 2 !**

- ici la CC ne se réfère pas du tout au droit communautaire, mais explicitement aux termes employés par L 122-12 al 2.
- Donc le nouveau titulaire d'un marché n'est pas tenu de reprendre le personnel de son prédécesseur : l'AP condamne donc la transmission des CT d'un prestataire de service à l'entreprise qui lui succède dans l'exécution d'un marché.

→ **Plus tard, dans un arrêt du 12 juin 86 DESQUENNE et GERALD, la chambre sociale fait un pas supplémentaire** : la modification de la situation juridique de l'employeur qui a pour effet de laisser subsister des CT en cours entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, au jour de la modification, implique un lien de droit entre les employeurs successifs !

- ce litige opposait 2 entreprises qui successivement, avaient été adjudicataires d'un marché de travaux publics (entretien des voies du métro), donc le litige portait sur le sort des salariés qui traitaient pour le compte du 1^{er} adjudicataire avant le changement d'adjudicataire.
- Ici la CC ne se réfère pas à la perte d'un marché, mais à l'existence d'un lien de droit ! la chambre sociale vient ajouter une condition supplémentaire à l'application de la règle.
- Cette JP est contraire à la position de la CJCE, qui n'a jamais subordonné l'application de la directive « transfert » à l'exigence d'un quelconque lien de droit entre les employeurs successifs : au contraire la CJCE se montrait indifférente aux mécanismes juridiques par lesquels une entreprise est transférée, pour elle, le maintien des CT en cas de transfert d'entreprise est une exigence communautaire, et donc ne dépend pas de l'existence d'un lien de droit.

→ **L'AP, par 3 arrêts du 16 Mars 90 :**

- **les 2 premiers arrêts condamnent la JP Desquenne et Gérald exigeant un lien de droit entre les employeurs successifs** : les 2 arrêts de principe et de rejet comportent un attendu de principe → « l'art 1 et 3 de la directive du 14.02.77 et l'art L 122-12 al 2, s'appliquent même en l'absence d'un lien de droit à tout transfert d'une entité économique conservant son identité économique, conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ».
- **dans le 3^e arrêt, l'AP réaffirme la solution dégagée dans l'arrêt Nova Service 85**, selon laquelle la règle du maintien des CT ne saurait recevoir application dans l'hypothèse de la seule perte d'un marché,
- **postérieurement dans un arrêt de 91, l'AP dit** « qu'à elle seule, l'exécution d'un marché de prestation de service par un nouveau titulaire ne réalise pas le transfert d'une entité économique, ayant conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ». Donc, A CONTRARIO, il n'est pas exclu que L 122-12 al 2 reçoive application dans l'hypothèse où un prestataire de service succède à un autre dans l'exécution d'un marché, MAIS c'est à la condition qu'il y ait transfert, dont que les juges du fond puissent caractériser ce transfert d'une entité économique. **En bref, la seule perte d'un marché ne suffit pas à déclencher l'application de la règle du maintien des CT, cela n'entre pas dans le champ d'application de L 122-12 al 2. Mais cette règle peut se trouver appliquée si l'exécution du marché par le nouveau titulaire, caractérise un transfert. A ce moment là, la société prestataire de**

service qui reprend l'entité économique, devient l'employeur des salariés qui traitaient antérieurement pour le compte de l'entreprise.

§2 : « Le transfert d'une entité économique ... ».

→ Pour déterminer le champ d'application, les arrêts de 90 ont utilisé une formule empruntée aux arrêts de la CJCE.

A. L'entité... :

→ Le mot « entité » est préféré à « l'entreprise » pour mettre en évidence qu'il peut y avoir transfert d'une partie de l'entreprise. La directive communautaire parle de transfert d'établissement, de partie d'établissement, de service. Donc l'étendue de l'entité transférée est variable : cf. à la qualification des faits !

B. ... Conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise :

→ **L'identité implique une certaine continuité de l'activité en cause** : les juges du fond, quand ils sont chargés d'apprécier la question de L 122-12 al 2, doivent faire ressortir des éléments de faits, qui caractérisent une certaine continuité de l'activité.

→ **De même, la formule « entité économique... reprise », signifie que l'entité économique, objet du transfert, ne se réduit pas à une activité** : les juges doivent faire ressortir les éléments susceptibles de caractériser la continuité de l'identité qui survit au transfert.

- **donc de multiples éléments peuvent être constitutif de cette identité** (savoir si sont transférés des éléments corporels ou incorporels, nature du transfert des éléments incorporels comme la clientèle...)
- **donc l'identité de l'entité ne se réduit pas à l'activité**, y'a-t-il une certaine similarité des activités exercées avant et après le transfert ? (sans pour autant avoir une symétrie absolue !)
- **c'est pourquoi les juges font une appréciation des faits en vue d'établir et de caractériser l'existence ou la réalité d'un transfert** ! sachant que tout transfert ne donne pas forcément lieu à application de L 122-12 al 2, seuls les transferts d'entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, en sont susceptibles !

→ **les éléments de faits varient d'une situation à une autres, la directive communautaire de 98**

précise : il s'agit davantage de l'expression d'une méthode, que d'une énumération de critères déterminés auxquels les juges nationaux devraient nécessairement se référer ; quoiqu'il en soit, ces juges nationaux sont donc invités à relever un certain nombre d'indices leur permettant d'établir ou exclure l'existence d'un transfert répondant aux conditions définies par le droit communautaire. **La directive de 98 a donné une définition de cette notion de transfert « d'une entité ... reprise. » : il s'agit donc d'un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire.**

→ Par ailleurs, **un arrêt du 07 juillet 98 a précisé ce qu'il faut entendre par la notion « d'une entité... reprise. »** : pour la chambre sociale, **il s'agit d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels, permettant l'exercice d'activité économique qui poursuit un objectif propre.** Cet arrêt est proche de la définition donnée par la directive de 98 !

→ **A ce stade, cf. JP PERRIER :**

- **Dans cette affaire, la société Perrier décide d'externaliser et donc transférer son activité de fabrication des palettes vers une autre société « La palette rouge » (créée par la société Perrier afin d'externaliser une activité, et donc le personnel attaché, vers une société juridique autonome).**

- Paradoxalement, c'est la direction qui demande l'application de L 122-12 al 2 (le CE s'y opposait) : ici l'organisation syndicale conteste L 122-12, car cela a longtemps été perçu comme synonyme de stabilité d'emploi, de plus, cette règle permet d'assurer le maintien des CT. Donc la plupart du temps, elle était mobilisée exclusivement par les salariés et les représentants, le problème vient des pratiques d'externalisation de l'activité (ou extériorisation de la MO), cela a conduit les direction de se prévaloir de L 122-12 afin d'assurer l'externalisation d'une partie de leur activité !
- Dans cette affaire Perrier, la CC se référait à la directive de 98, et reproduit la formule générale concernant les conditions d'application des règles du maintien des CT : « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels, permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre, la reprise par un autre employeur d'une activité secondaire ou accessoire n'entraîne le maintien des CT que si cette activité est exercée par une entité économique AUTONOME ».
- Ici, la CC approuve la CA d'avoir considéré que le projet de transfert de l'activité de fabrication des palettes vers une autre société, concernait un service qui n'était qu'un simple démembrement des services centraux de l'entreprise, qui ne disposait d'aucune autonomie, tant dans les moyens personnels que dans l'organisation de sa production. En effet, la plupart des salariés étaient polyvalents, de plus le service ne possédait pas de moyens particuliers tendant à des résultats spécifiques et à une finalité économique propre. Donc la CA a pu décidé, sans méconnaître la directive de 98, que le service en cause ne constituait pas une entité économique pour l'application de L 122-12.
- Donc, pour accéder à la qualité d'entité économique, conservant son identité et son autonomie, l'exigence d'identité n'est satisfaite qu'à la condition que l'entité conserve une certaine autonomie (évaluée au fait que l'activité poursuivie ou reprise ait un objectif propre), donc la CC veille à ce que les dispositions de L 122-12, ne servent pas à concevoir et à justifier une externalisation discrétionnaire de la MO.
- Cette identité est constituée par différents éléments : le personnel, l'encadrement, les méthodes de travail ... donc le transfert de l'entité doit s'accompagner d'un transfert d'activité et d'éléments montrant que c'est une véritable entité qui a été transférée. Or pour la CC, c'est cette autonomie qui faisait défaut puisqu'elle approuve la CA d'avoir considéré que le projet de transfert de l'activité concernait un service qui n'était qu'un simple démembrement des service centraux de l'entreprise, et ne disposant d'une quelconque autonomie, tant en ses moyens personnels que dans l'organisation de la production. La CC considère que le service ne possédait pas de moyens particuliers tendant à des résultats spécifiques et à une finalité économique propre, donc la CC approuve la CA d'avoir décidé que les conditions d'application de L 122-12 n'étaient pas réunies.

SECTION 2 : Les conséquences de l'application de L 122-12 al 2.

§1 : Le principe de maintien des CT.

→ **D'après L 122-12, les CT en cours au jour de la modification, subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.** C'est donc le même contrat qui continue, et le repreneur = le cessionnaire, est désormais partie à ce contrat.

→ **Le transfert est en principe automatique, L 122-12 est une disposition d'ordre public non susceptible d'aménagement conventionnel,** par contre, cet article ne concerne que le transfert des droits contractuels et engagements unilatéraux de l'employeur et des usages.

§2 : Les licenciements prononcés à l'occasion du transferts.

→ Seuls les CT en cours sont susceptibles d'être transférés, **question : d'un côté il y'a une règle d'ordre public, de l'autre, il peut y avoir nécessité de réorganiser l'entreprise (cette réorganisation peut être parfois un préalable indispensable au transfert). Doit-on exclure tout licenciement prononcé en prévision du transfert ?**

→ **Pendant longtemps, la CC a adopté une position médiane** : les licenciements doivent être considérés comme inopérants, en cas d'accord entre le cédant et le cessionnaire lorsque ces licenciements ont pour objet ou pour effet, de faire fraude aux droits des salariés.

- La JP s'est tenue à cette solution jusqu'à l'arrêt du 11 mars 03 : donc avant ça, l'exigence formulée par le cessionnaire, du licenciement d'un ou plusieurs salariés employés dans l'entité transférées, ne saurait constituer pour le cédant une cause légitime de rupture du CT des intéressés.
- Donc elle faisait une distinction entre les licenciements sans lien avec le transfert, et ceux qui ont pour cause le transfert.
- Les licenciements prononcés avant le transfert, n'étaient légitimes que si une cause indépendante de celui-ci, et plus précisément, que si il n'était pas le fruit d'un accord entre cédant et cessionnaire. Ce que la CC prohibait, c'était le prononcé du licenciement à la demande du cessionnaire en vue du transfert.

→ **Arrêt VOISIN du 11 mars 03, ici la CC donne une autre solution** : « le transfert d'une entité économique autonome entraîne de plein droit, le maintien avec le nouvel employeur des CT qui y sont attachés et prive d'effet les licenciements prononcés par le cédant pour motif économique. Si le salarié, à l'occasion d'un tel transfert, a le choix de demander au repreneur la poursuite du CT rompu, ou de demander à l'auteur du licenciement = le cédant, la réparation du préjudice en résultant, le changement d'employeur s'impose toutefois à lui, lorsque le cessionnaire l'informe avant expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification de CT ».

- **« transfert...qui y sont attachés »** : aucune manifestation de volonté n'est nécessaire, une manifestation contraire serait contraire à l'ordre public.
- **« prive d'effet les licenciements prononcés par le cédant pour motif éco »** : la JP signifie l'illégalité et l'inefficacité de tout licenciement pour motif éco prononcé par le cédant ; cette inefficacité juridique n'a pas toujours été admise, au vue de la JP Voisin, la sanction d'inefficacité prive désormais tout licenciement pour motif éco, prononcé par le cédant avant le transfert, il n'y a donc plus lieu de s'opposer si les licenciement sont le fruit d'un accord entre le cédant et le cessionnaire ! il faut néanmoins réserver le cadre des règles spéciales applicables en matière de redressement et de liquidation judiciaire, car dans ce cas, les licenciements pour motif éco sont autorisés par une décision judiciaire !
- **« le salarié à l'occasion d'un tel transfert... en résultant »** : le salarié licencié à l'occasion du transfert a le choix de demander au repreneur la poursuite du CT (sans modification), ou de demander à son ancien employeur c'est-à-dire le cédant, la réparation du préjudice en résultant.
- **Par contre, la CC : « le changement d'employeur s'impose toutefois à lui, quand le cessionnaire l'informe avant expiration du préavis, de son intention de poursuivre sans modification de CT »** : la règle du maintien de CT ne crée pas d'obligation à la charge du seul cessionnaire, mais aussi au salarié auquel le transfert s'impose. Donc la chambre sociale refuse de reconnaître au salarié un droit d'opposition. Par contre, le transfert s'imposant au salarié, réside dans le fait pour le salarié de devoir accepter la poursuite du CT, quand celui-ci

a été proposé par le cédant de manière légale, et que le cessionnaire a informé le salarié de son intention de poursuivre le CT.

AXE 4 : LA CONFIGURATION DU RAPPORT D'EMPLOI.

CHAPITRE UNIQUE : LE POUVOIR DISCIPLINAIRE.

→ **La règle disciplinaire n'est pas une RD**, mais elle évoque une règle de conduite commune aux membres d'une collectivité, destinée à y faire régner l'ordre.

→ **La sanction disciplinaire s'oppose sur bien des points à la sanction civile ou pénale** : ces dernières ont pour fonction de se référer à un corpus de règles juridiques qu'il faut respecter. Mais la sanction disciplinaire est la sanction destinée à maintenir et à assurer la cohésion et l'homogénéité des comportements des individus qui composent une organisation ou une institution, donc la discipline vise à la normalisation des conduites.

→ **En droit du travail, on est passée à l'exercice quasi discrétionnaire d'un pouvoir disciplinaire, à l'encadrement légal des conditions d'exercice de ce pouvoir :**

- jusqu'en 82, le CT n'avait aucune disposition relative au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, il n'y avait pas de définition de la faute, ni de la sanction, il n'y avait aucune règle de procédure légale.
- Donc au fond, la JP considérait que ce pouvoir était inhérent à la qualité de chef d'entreprise, et de ce constat, la chambre sociale n'était pas fondée à exercer un contrôle sur les modalités d'exercice de ce pouvoir.
- Les lois du 04.08.82 Auroux, définissent la notion même de sanction, instituent des règles procédurales et confient au juge judiciaire le contrôle de la sanction disciplinaire. Cependant, il n'y a toujours pas de définition de la faute !

§1 : Les conditions relatives au prononcé d'une sanction disciplinaire.

→ Ces conditions résident dans la définition même de la notion de « sanction disciplinaire », et dans l'aménagement de garanties procédurales qui s'impose à l'employeur lorsqu'il envisage de prendre une sanction à l'égard du salarié.

→ **Mais il y'a une lacune** : absence de définition légale et jurisprudentielle de la faute disciplinaire. Contrairement au droit pénal, il n'existe pas dans la loi de catalogue de faute ! Donc il n'y a pas de liste de comportement pouvant donner lieu au prononcé d'une sanction disciplinaire. En droit, les fautes sont les agissements fautifs que l'employeur considère comme tel, il n'y a pas de transposition des légalités des délits et des peines !

→ **Attention : le RI est une norme élaborée uniquement par l'employeur, dans une entreprise avec au moins 20 salariés** ! Jusqu'en 82, le RI n'avait pas de limites, c'est loi du 04.08.82 qui a limité l'objet du RI aux mesures d'application de la réglementation d'hygiène et de sécurité, mais le RI demeure le support du pouvoir disciplinaire car le législateur autorise à prévoir la nature et l'échelle des sanctions dans le RI (mais ne dresse pas une liste des comportement fautifs !).

A. Les conditions de fond :

Les sanctions disciplinaires.

→ **L 122-40** : « constitue une sanction, toute mesure autre que les observations verbales prises par l'employeur, à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière, sa rémunération ».

- les fautes sont les agissements fautifs que l'employeur considère comme tel ! On est dans un système circulaire !
- toute mesure affectant même à terme, les conditions d'emploi du salarié est une sanction disciplinaire, laquelle doit être prononcée conformément aux exigences légales voire même conventionnelles. Les sanctions disciplinaires peuvent être : une mise à pied, un blâme, un avertissement, la rétrogradation non dictée par des raisons économiques, la mutation, le licenciement pour faute...

→ **L 122-34** : « l'employeur doit prévoir dans le RI, la nature et l'échelle des sanctions, de sorte que seules les sanctions expressément prévues par le RI peuvent être prononcées », il y'a donc une exigence de prévision de la sanction par le RI !

→ **L 122-42** : les amendes et autres sanctions pécuniaires sont interdites, encore faut-il distinguer les « sanctions directement pécuniaires » des « sanctions non pécuniaires mais qui entraîne des conséquences sur la rémunération du salarié ». De même, la baisse d'une rémunération consécutive à une rétrogradation sans modification du CT constitue une sanction pécuniaire prohibée. Toute autre retenue sur la rémunération est une sanction pécuniaire interdite.

→ **L 122-44** : « aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul, à l'engagement de poursuite disciplinaire, au-delà d'un délai de 2 mois, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ».

- C'est une règle de prescription des faits fautifs, qui constitue la principale garantie en matière disciplinaire. Elle permet de ne pas laisser le salarié dans l'incertitude du sort qui lui saura réservé.
- ce délai ne court qu'à compter du jour où l'employeur a pris connaissance du fait fautif, et non au jour où les faits ont été commis !
- ce délai doit s'apprécier par rapport au déclenchement des procédures des poursuites disciplinaires, c'est-à-dire à la mise en œuvre de la procédure à cet effet.

La faute ou l'agissement fautif.

→ **L 122-40** : il n'existe pas de liste de faute disciplinaire : les gestes et les agissements fautifs sont ceux qui sont considérés comme tel par l'employeur !

→ **L'employeur a le privilège du préalable, il est donc seul juge de l'existence et de l'appréciation des comportements qu'il considère comme fautifs.**

→ **Depuis 82, il y a des limites légales à la qualification de faute par l'employeur !**

- L 122-45 interdit l'employeur de licencier un salarié en considération de certains motifs, c'est une règle de non discrimination (qui n'est pas une règle d'égalité !).
- La JP établie par la chambre sociale sur les libertés et droits fondamentaux : un employeur ne peut pas sanctionner l'exercice par un salarié d'un droit ou une liberté fondamentale (cf. la liberté d'expression). De plus, il ne peut pas non plus sanctionner les différents faits relevant de la vie personnelle ou privée du salarié : certains faits de vie privée tombe sous le coup d'un motif discriminatoire, comme l'appartenance religieuse, le sexe, les orientations sexuelles etc.

→ **Indépendamment de ces limites, la faute n'a aucune définition légale. Généralement, les comportements fautifs ne peuvent donner lieu à une sanction disciplinaire que si ils sont en rapport direct avec la prestation de travail : d'où la difficulté de distinguer la faute disciplinaire et l'insuffisance professionnelle !**

- en principe, l'insuffisance professionnelle ne saurait donner lieu à une sanction disciplinaire, à condition qu'elle ne procède pas d'une intention délibérée de l'intéressé.
- Par contre, ne constitue pas des fautes, des erreurs par le salarié... cf. manuel.

B. Les garanties procédurales :

→ **Quand l'employeur veut donner une sanction disciplinaire contre un salarié, L 122-41 doit être respecté**, une procédure qui diffère selon la nature de la sanction envisagée : il faut distinguer la procédure applicable aux avertissements ou des sanctions de même nature n'ayant pas d'incidence immédiate ou non sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa rémunération, de celle qui a un effet immédiat.

La procédure simplifiée.

→ Elle est applicable aux avertissements et aux sanctions de même nature.

→ Dans cette hypothèse, le salarié doit être informé par écrit des griefs retenus contre lui, donc l'employeur n'est pas tenu d'observer la procédure de l'entretien préalable, quand bien même cet avertissement est accompagné d'une menace de licenciement en cas de récidive.

→ Pour les sanctions mineures, le salarié doit être informé par notification écrite. Importance de cette pratique car en cas de contestation du salarié, ce sont les griefs indiqués dans la lettre que vont regarder les juges.

La procédure normale :

→ **Ce sont les sanctions autre que l'avertissement : ici il y'a entretien préalable où le salarié peut se faire assister par un membre du personnel de l'entreprise.**

→ Il faut expliciter ici le motif de la sanction envisagée par l'employeur, ainsi que relever l'explication du salarié.

→ La sanction ne peut pas intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois fixé pour le jour de l'entretien. Après ce délai, l'employeur ne peut plus, pour les mêmes faits prononcer de sanction ! NON BIS IN INDEM

→ **Cas particulier de la mise à pied conservatoire, qui peut prendre effet immédiatement sans entretien préalable :**

- cela est possible que si l'agissement du salarié l'a rendu indispensable.

- attention : cette mise à pied conservatoire n'est pas une sanction disciplinaire, c'est une mesure d'attente qui précède la procédure de licenciement. Donc, le licenciement prononcé par la suite, échappera à toute critique au regard de la règle non bis in idem, car cette règle interdit les sanctions données 2 fois pour la même faute ! Si le salarié n'est pas licencié pour faute grave, il a le droit au salaire correspondant à la suspension de son CT résultant de la mise à pied conservatoire !
- par contre, aucune sanction définitive relative à l'agissement qui a donné lieu à cette mise à pied, ne peut être prise sans que la procédure de la sanction disciplinaire n'ait été prise. En l'absence de faute grave, les salaires correspondant à la mise à pied devront être versés !

→ L'inobservation d'une procédure disciplinaire prévue par la convention collective, prive un licenciement disciplinaire de CRS !

→ La procédure disciplinaire et la procédure de licenciement sont deux procédures distinctes mais proches. Le problème se pose quand la sanction envisagée est un licenciement : dans ce cas, l'employeur doit combiner (et non cumuler) les règles applicables à chacune des 2 procédures !

- par exemple : le droit commun du licenciement ne prévoit aucun délai entre la date de convocation de l'entretien et l'envoi de la lettre de notification de licenciement ! en matière de discipline, il y'a un délai maximum d'un mois.
- Donc face à un licenciement pour faute, ce licenciement ne peut être notifié plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien : donc des règles afférentes aux procédures disciplinaires viennent se greffer à la procédure de licenciement.

→ Rapport entre les modifications du CT et la sanction disciplinaire → le motif d'une modification peut être éco ou personnel, si personnel et disciplinaire, dans ce cas l'employeur doit respecter les règles découlant du régime de la modification du CT : l'arrêt du 16 juin 98 HOTEL LE BERRI pose une double règle...

- une modification du CT, à titre de sanction disciplinaire contre un salarié (mutation par ex) ne peut lui être imposée.
- Cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut prononcer une autre sanction au lieu et place de la sanction refusée. Donc les faits fautifs sanctionnés par une mesure de mutation etc. peuvent être invoqués à l'appréciation d'un licenciement, sans pour autant que l'employeur s'expose à la règle non bis in idem !
- Pour la CA, le pouvoir disciplinaire de l'employeur ne s'épuise pas dans la sanction prise à l'issue d'un entretien préalable.

§2 : Le contrôle judiciaire de l'exercice des pouvoirs disciplinaires.

→ Contrôle organisé par L 122-14-3 : en cas de contestation par le salarié de la sanction disciplinaire, le CPH est compétent.

→ Quel contrôle le CPH opère-t-il sur la sanction ?

- il opère un contrôle de régularité de la procédure de l'employeur.
- + un contrôle de justification de la sanction, qui recouvre un contrôle de la réalité, et de l'exactitude du fait fautif, mais aussi un contrôle de proportionnalité de la sanction prise par l'employeur par rapport à l'agissement fautif.
- + un contrôle de licéité de la sanction disciplinaire (il vérifie que ce n'est pas une sanction prohibée).

A. L'étendu du contrôle judiciaire :

Le contrôle de régularité.

→ **Le contrôle judiciaire se fait sur toute l'étendue des sanctions disciplinaires** (y compris l'avertissement).

→ Le juge vérifie tout entretien, et si le salarié a la possibilité de se faire assister d'un autre salarié, et s'il y a eu respect du délai et de la notification écrite... Certaines irrégularités procédurales sont sanctionnées comme des règles affectant le fond du droit (comme par ex, la règle selon laquelle, la sanction doit être prononcée dans un délai d'un mois, sinon la sanction pourra être annulée par le juge).

Le contrôle de justification.

→ **L 122-04-03 : « le juge apprécie si les faits reprochés au salarié constituent une sanction de nature à justifier une sanction ». Donc le juge vérifie la matérialité des faits invoqués, ainsi que leur exactitude + vérifie la licéité de la sanction et l'adéquation, c'est-à-dire la proportionnalité de la sanction à la faute.**

- matérialité des faits : le juge va rechercher si les faits reprochés se sont réellement produits, c'est le contrôle de l'existence des faits. Question pour le juge de savoir si ces faits entrent dans le champ du pouvoir disciplinaire ?
- contrôle de licéité est différent : il est question de savoir si l'employeur a pris une sanction prévue dans le RI et est ce que la sanction est autorisée par la loi.
- contrôle de proportionnalité : la sanction est-elle proportionnelle à la faute commise ? Le juge tient compte des faits concrets et des circonstances de la faute ! Attention : le juge n'est pas lié par les pré qualifications du RI, ni celles de l'employeur, il peut tout à fait écarter l'application du RI !

B. Les suites du contrôle judiciaire :

→ **Ce ne sont pas les mêmes selon que la sanction est simplement irrégulière dans la forme, ou au contraire, injustifiée sur le fond.**

→ **Le juge a le pouvoir d'annuler une sanction prise en connaissance des règles légales affectant la forme ou le fond de l'acte, mais cela reste une simple faculté et non une obligation imposée par la loi.**

De plus, l'annulation d'un sanction irrégulière ou injustifiée ne vaut que pour les sanctions autre que les licenciements (sauf si le licenciement est discriminatoire ou porte atteinte aux libertés fondamentales). Cela est paradoxal car la sanction la plus grave ne peut être annulée par le juge !

- par conséquent, il faut donc distinguer les conséquences variant selon la nature de l'irrégularité commise.
- Si le juge décide que les faits ne sont pas établis, l'employeur ne peut pas prendre une nouvelle sanction.
- Si le juge décide que les faits se sont produits mais ne tombent pas sous le coup, l'employeur ne peut pas prendre une sanction.
- Si le juge annule la sanction autre qu'un licenciement pour disproportion à la faute commise, l'employeur pourra prendre une nouvelle sanction MAIS de moindre importance que l'initiale.
- Si le juge constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure, l'employeur devra engager une nouvelle procédure, et prononcer la sanction conformément aux règles légales. Mais si l'irrégularité constatée par le juge réside dans la prescription des faits fautifs, ou dans le non respect du délai d'un mois entre la convocation de l'entretien et la notification de la sanction, l'employeur ne peut plus sanctionner le salarié.

→ **Pour la CC, le délai maximum d'un mois est une règle de fond**, l'expiration de ce délai interdit à l'employeur de sanctionner le salarié ! Donc est sans CRS le licenciement pour faute grave, notifié plus d'un mois après la convocation à l'entretien préalable, donc le juge peut pas annuler ce licenciement injustifié, il sera juste privé de CRS !

→ La nullité est la sanction du contentieux de formation des actes juridiques, donc un licenciement dont la cause est illicite est nul. Donc la nullité est la sanction des actes hautement illicites car ni la loi ni la JP n'étendent cette nullité sanction aux actes patronaux entachés d'une simple illicéité. Pour cela, il faut que cet acte soit entaché d'une haute illicéité !